

Sentencia T-570/08

PERSONAS DISCAPACITADAS CON LIMITACIONES SEVERAS Y PROFUNDAS-Protección en el ordenamiento constitucional y en el ámbito internacional

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Vulneración de derechos fundamentales cuando se niega el diagnóstico para detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión y así determinar el tratamiento necesario

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Situaciones específicas con las que se relaciona

DERECHO A LA SALUD COMO CONCEPTO INTEGRAL-Incluye no sólo aspectos físicos sino también psíquicos, emocionales y sociales

DERECHO A LA SALUD COMO CONCEPTO INTEGRAL-Tratamiento odontológico de implantología no puede catalogarse como procedimiento suntuario o cosmético

El procedimiento de implantología oral solicitado en el caso sub judice se orienta a reestablecer la salud integral de la joven así como su derecho a vivir una vida en condiciones de dignidad y de calidad, de modo que no es factible catalogarlo como procedimiento suntuario ni cosmético. La urgencia y necesidad del tratamiento no requieren, pues, mayor justificación. Sin sus dos dientes incisivos centrales superiores, la joven se ve limitada para ingerir sus alimentos e impedida para hablar. El tratamiento no tiene como propósito embellecer a la joven sino devolverle su apariencia normal y su funcionalidad para comer y para comunicarse.

Referencia: expediente T-1.811.277

Acción de tutela instaurada por Jaime Tovar Tello contra Sociedad Clínica EMCOSALUD S. A.

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la magistrada Clara Inés Vargas Hernández y los magistrados, Jaime Araújo Rentería 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 Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

#### I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Jaime Tovar Tello obrando como agente oficioso de su hija quien tiene retardo mental severo instauró acción de tutela contra la Sociedad Clínica EMCOSALUD S. A. con fundamento en los siguientes:

Hechos.

1. El peticionario, quien como ya se mencionó, obra en calidad de agente oficioso de su hija, Marilena Tovar Lizcano, la cual tiene desde su nacimiento retardo mental severo, afirmó que la joven estaba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud - Régimen Contributivo - en calidad de beneficiaria en la Sociedad Clínica EMCOSALUD. (Expediente a folio 16).

2.- Relató el actor que en el mes de noviembre de 2005, como consecuencia de una caída, la joven perdió los dos dientes incisivos centrales superiores, en razón de lo cual, se le efectuó tratamiento de urgencias prescrito por el odontólogo, consistente en el suministro de antibióticos para desinflamar la encía y orden de tratamiento para su rehabilitación oral, tal como se desprende de lo establecido en la fórmula médica No. 917165. (Expediente a folio 16).

3.- Indicó el ciudadano Tovar Tello, que tres días luego de haberse prescrito, el 23 de mayo de 2006, el tratamiento fue negado mediante formato de negación de servicios por la entidad demandada con el argumento de conformidad con el cual el servicio ordenado no estaba contemplado en el contrato suscrito entre la fiduciaria y la previsor. (Expediente a folio 16).

4.- Señaló, además, que el día 31 de octubre de 2006 recibió una comunicación por parte del gerente general de EMCOSALUD S. A. en la que se le informaba que el servicio solicitado correspondiente a rehabilitación oral no estaba cubierto por esa entidad prestadora de salud. (Expediente a folio 16).

5.- Manifestó el actor que su hija contaba con el servicio de salud al ser su beneficiaria y subrayó que él era una persona mayor y por motivo de su edad se veía impedido para trabajar o desempeñar actividad laboral alguna, como constaba en certificado médico legal que se adjuntó a la demanda de tutela. Indicó que no contaba con la capacidad de pago para cubrir los costos de cada implante dental que asciende aproximadamente a \$ 3' 000. 0000 cuando él recibe únicamente la suma de \$700.000 mensuales. (Expediente a folios 16 y 25)

6.- Insistió el peticionario que su hija no requería el tratamiento por motivos meramente estéticos sino para restablecerle su salud funcional y que dada su situación de limitación mental y los problemas neurológicos que padecía la joven, exigía que el tratamiento fuera de implantología oral - de conformidad con lo prescrito en el dictamen médico - para salvaguardar su salud y, por consiguiente, su vida en condiciones dignas. (Expediente a folio 16)

Solicitud de Tutela.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

8.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

\* Copia del carné de afiliación a la Sociedad Clínica EMCOSALUD (Expediente a folio 11).

\* Copia de la fórmula médica emitida el día 23 de mayo de 2006 y firmada por el odontólogo Jorge Humberto González, médico tratante quien se desempeña en la División de Salud EMCOSALUD (Empresa Cooperativa de Servicios de Salud, Servicios Ambulatorios)) en la que se le prescribe a la paciente Marilena Tovar "Implantología oral". (Expediente a folio 12).

\* Copia del formato de negación de servicios de salud fechado el día 23 de mayo de 2006. (Expediente a folio 13).

\* Copia de la cédula de ciudadanía de Marilena Tovar Lizcano (Expediente a folio 14).

\* Copia del dictamen médico emitido por el Dr. Guillermo González M. (Neurología Clínica) dirigido al Juez Segundo Penal Municipal de Garzón, Huila en el que consta lo siguiente:

“He revisado la historia clínica de la paciente Marilena Tovar que tiene diagnóstico de retardo mental severo y epilepsia sintomática. No encuentro indicación médica para el procedimiento odontológico de implante dental en la condición clínica de esta paciente.” (Expediente a folio 65).

\* Diligencia de Declaración rendida por el ciudadano Jaime Tovar Tello ante el Despacho del Juez Segundo Penal Municipal de Garzón, Huila. (Expediente a folios 24-25)

\* Diligencia de Declaración rendida por la ciudadana Elvia Lizcano de Tovar ante el Despacho del Juez Segundo Penal Municipal de Garzón, Huila.(Expediente a folio 26)

\* Diligencia de Declaración rendida por el ciudadano Jorge Humberto González Bahamón ante el Despacho del Juez Segundo Penal Municipal de Garzón, Huila. (Expediente a folios 27-28)

\* Diligencia de Declaración rendida por la ciudadana Mónica Liliana Niño Gómez ante el Despacho del Juez Segundo Penal Municipal de Garzón, Huila.(Expediente a folio 68)

Respuesta de la parte demandada

9.- Mediante escrito fechado el día primero de octubre de 2007, Abel Fernely Sepúlveda Ramos, representante legal de la Sociedad Clínica EMCOSALUD S. A. respondió a la solicitud

de tutela de la manera que se sintetiza a continuación.

Afirmó el ciudadano Sepúlveda Ramos que la Sociedad Clínica EMCOSALUD S. A. era “la institución prestadora de servicios de salud (I. P. S.), de primer, segundo, tercer y cuarto nivel de complejidad de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud “Emcosalud”, y, agregó, que la Sociedad Clínica Emcosalud S. A. se orientaba “a atender los pacientes que la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud ‘Emcosalud’ le asigna dentro de sus compromisos de atención con los usuarios.

Manifestó, que la señorita Marinela Tovar Lizcano no tenía ningún vínculo con la Sociedad Clínica Emcosalud S. A. “salvo la posibilidad de ser atendida en [sus] instalaciones por orden expresa de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud “EMCOSALUD”. Admitió que la señorita Tovar Lizcano se encontraba en la base de datos de la entidad como usuaria de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud “EMCOSALUD” afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila.

Indicó, el representante legal de la Sociedad Clínica EMCOSALUD S. A. que los usuarios del Departamento del Huila eran atendidos por intermedio de la U.T. SURCOLOMBIANA – EMCOSALUD I. P. S. con quien el fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio había suscrito un contrato de prestación de servicios de salud para el régimen de excepción del magisterio. Señaló que “[d]entro de las obligaciones que le asisten a Emcosalud I. P. S. en virtud del acuerdo firmado con FIDUPREVISORA S.A. y el compromiso de atención médica a sus afiliados, se encuentran los términos de Referencia de una Invitación Pública No. 143, del contrato de Prestación de Servicios de Salud, que en el numeral “9.4.9.2 Exclusiones”, explícitamente excluyen los “Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad” quedando de esta forma la prestación y suministro de lo NO contratado, como una obligación única y exclusiva a cargo del usuario y/o FIDUPREVISORA S. A. que es el ente que tiene la cobertura originaria y universal con sus usuarios.

Insistió, finalmente, en que no se debía acceder a las pretensiones de la acción de tutela, toda vez que la ciudadana Marinela Tovar Lizcano no tenía vínculo contractual con la Sociedad Clínica EMCOSALUD S.A.

## Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

10.- Mediante auto fechado el día 20 de mayo de 2008 el Magistrado Sustanciador ordenó que por la Secretaría General de esta Corporación, se pusiera en conocimiento del Representante legal de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud 'Emcosalud' afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila, el contenido del expediente T-1. 811.277. Observó el magistrado sustanciador que dentro del trámite cumplido en la instancia no se había vinculado a la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud 'Emcosalud' - afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila -, entidad que si bien no fue demandada, podía verse afectada con lo que finalmente se decidiera en sede de Revisión.

La Empresa Cooperativa de Servicios de Salud 'Emcosalud' - afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila - dejó vencer en silencio el término fijado por la Corte para pronunciarse en relación con la tutela de la referencia.

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera instancia.

11.- Con fundamento en sentencia fechada el día 5 de octubre de 2007 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Garzón, Huila, resolvió denegar el amparo solicitado por los motivos que se resumen a renglón seguido.

Consideró el Despacho que la entidad demandada le había hecho entrega de los términos de Referencia de los Servicios de Salud para afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios en el territorio nacional -Invitación Pública No. 143 - en donde efectivamente (...) se consagraban como "Exclusiones" los tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad."

Se apoyó el Juzgado en las declaraciones rendidas ante ese despacho por el médico odontólogo tratante de la joven, quien admitió que ella había asistido a consulta, pero negó,

a renglón seguido, que le hubiese prescrito tratamiento de implantología oral pues era de su conocimiento que ese procedimiento no estaba incluido dentro de las cláusulas del convenio suscrito entre el magisterio y EMCOSALUD - el cual, sostuvo, incluye un POS contributivo a cargo de la entidad accionada -. Aseguró, por demás, que al no efectuarse el implante oral ello no traía como consecuencia ningún riesgo para la vida de la joven por cuanto el tratamiento era meramente estético.

Estimó el Juzgado que la entidad demandada no había desconocido ningún derecho fundamental de la joven a nombre de la cual se instauró la acción de tutela, y consideró, por el contrario, que los tratamientos prestados habían contribuido al mejoramiento de la joven al ser ella “una persona con una discapacidad mental severa que no se ha visto abandonada en su asistencia.” Opinó el Juzgado, en suma, que “el tratamiento de rehabilitación o implantología Oral que se reclama[ba] mediante la presente acción no [era] fundamental para su vida, salud e integridad personal ya que como bien lo [había anotado] el odontólogo tratante la rehabilitación oral se ordenó por razones estéticas y se le advirtió a la madre de la paciente los riesgos que conllevaba el mismo, que no era prudente realizarlo por la deficiente higiene oral de la paciente dada su condición especial y que sería un fracaso cualquier tratamiento ante la presencia constante de la enfermedad periodontal generalizada”

Sustentado en la declaración rendida ante ese Despacho por el odontólogo tratante - quien admitió haber examinado a la joven Marilena Tovar Lizcano, pero dijo que no había prescrito implantología sino rehabilitación oral y que, dada la situación de limitación mental de la joven y su deficiente higiene oral, el tratamiento de implantología podía ser infructuoso y hasta contraproducente para la joven - resolvió el a quo negar la tutela invocada.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento del caso concreto y presentación del problema jurídico.

2. En el caso objeto de revisión, el ciudadano Jaime Tovar Tello actuando en calidad de agente oficioso de su hija, quien tiene retardo mental severo y sufre de ataques de epilepsia, instauró acción de tutela contra la Sociedad Clínica EMCOSALUD S. A. (IPS) para solicitar el implante oral de sus dos dientes incisivos centrales superiores que perdió la joven por causa de una caída. Consideró el peticionario que la entidad demandada desconoció los derechos constitucionales fundamentales de su hija a la salud, a la vida en condiciones de calidad y de dignidad así como a la integridad personal al negarse a practicar el tratamiento de implantología oral prescrito por el médico tratante. Estimó el demandante, que la joven tiene derecho a que se le restablezcan sus dientes, pues sin ellos no sólo se le dificulta ingerir alimentos, sino se obstaculiza su posibilidad de comunicarse, pues se le torna difícil pronunciar palabras lo cual incide en detener los pocos avances efectuados hasta el momento por la joven gracias a las terapias de lenguaje que se le han practicado, poniéndola en una situación peor a la que ya se encontraba por motivo de sus padecimientos de salud. Dijo, por último, que no podía asumir personalmente el tratamiento por cuanto su costo ascendía a una suma aproximada de \$3'000.000 por cada implante y él recibía una suma mensual de \$700.000.

La IPS demandada consideró, a su turno, que no se habían desconocido los derechos constitucionales fundamentales de la joven, quien en todo tiempo había recibido la atención exigida para sus padecimientos. Respecto del tratamiento de implantología oral en cuestión, encontró la entidad demandada que tal procedimiento estaba previsto dentro de los tratamientos excluidos al ser meramente estéticos, cosméticos o suntuarios y al no estar encaminados a restituir ninguna funcionalidad perdida por alguna enfermedad.

El juez de tutela negó la protección invocada. Consideró que la entidad demandada no había desconocido los derechos constitucionales fundamentales de la joven y de conformidad con declaraciones rendidas por el odontólogo tratante - quien admitió haber examinado a la joven pero en declaración rendida ante el juzgado de instancia aseveró que él no había ordenado la implantología oral sino rehabilitación oral y que no recomendaba implantología oral por cuanto, dada la situación de salud de la joven así como su deficiente higiene dental, realizar el implante podía ser contraproducente para su salud -, resolvió negar el amparo impetrado.

3.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si en el caso concreto si

la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud "EMCOSALUD" afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila y la I. P. S. SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S. A. desconocieron los derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vida en condiciones de calidad y de dignidad así como a la integridad personal de una joven con retardo mental severo, quien como consecuencia de una caída perdió sus dientes incisivos centrales superiores, al negarse a efectuarle a la joven tratamiento de implantología oral bajo la excusa de que este tratamiento es meramente estético, cosmético y suntuario a la vez que no está encaminado a restablecer la salud funcional de la joven.

4.- Para resolver los anteriores aspectos constitucionalmente relevantes, esta Sala de Revisión se pronunciará, en primer lugar, sobre (i) la protección que se les confiere a las personas discapacitadas, tanto en el ordenamiento constitucional como en el ámbito internacional; (ii) la salud en tanto servicio público y derecho constitucional fundamental (iii) el caso concreto.

Protección que se les confiere a las personas discapacitadas, tanto en el ordenamiento constitucional como en el ámbito internacional.

5.- Las personas discapacitadas reciben una protección reforzada que se deriva tanto del ordenamiento jurídico interno como del derecho internacional de los derechos humanos. A partir de estas garantías de protección, se desprenden un conjunto de deberes en cabeza de las autoridades públicas y de los particulares quienes en sus actuaciones han de proceder de modo que se considere de manera especial a estas personas y se les respeten sus derechos constitucionales fundamentales<sup>1</sup>.

La Observación General No. 52 sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>3</sup> emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, por ejemplo, que estas personas han de ser protegidas y promovidas mediante programas y leyes generales, así como por medio de programas y normatividades de finalidad específica. De esta manera, surge un claro deber para los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC<sup>4</sup>, consistente en la búsqueda de la realización progresiva de los derechos consagrados en favor de la población discapacitada, así como la eliminación de las desventajas estructurales, mediante la adopción de acciones afirmativas

tendientes a lograr el acceso, en igualdad de condiciones que el resto de la población, a los derechos económicos, sociales y culturales<sup>5</sup>.

6.- Como se dejó señalado con antelación, en el plano del derecho internacional de los derechos humanos se les brinda una especial protección a las personas discapacitadas. Algo similar sucede dentro del ordenamiento jurídico colombiano en donde se manifiesta una especial preocupación por las personas discapacitadas en general, y, en particular, cuando ellas puedan verse colocadas en circunstancias de indefensión. Como consecuencia, se ordena adoptar un conjunto de medidas para protegerlas. Lo anterior se confirma cuando se realiza una lectura de los incisos 2º y 3º del artículo 13 superior.

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En tal sentido, el Estado tiene la obligación de amparar a las personas que por circunstancias relacionadas con su condición económica, física o mental puedan encontrarse en situación de debilidad manifiesta. Debe asimismo sancionar los abusos y maltratos que se cometan en contra de estas personas El artículo 47 de la Constitución Nacional establece, a su turno, que:

“el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

El artículo 54 superior preceptúa de manera expresa el deber del Estado de “...garantizar a [las personas con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas] el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el artículo 68, determina en su último inciso que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

La sentencia T-884 de 2006 resume el alcance de la protección consignada a favor de las

personas discapacitadas en tanto grupo de especial protección constitucional. Así las cosas, la Constitución Nacional en sus artículos 13, 47, 54 y 68:

“impone a las autoridades públicas (i) la obligación de abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas, mentales o sensoriales; y (ii), el deber de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar, en igualdad de condiciones, de sus derechos y libertades, lo que implica su plena inclusión social como manifestación de la igualdad real y efectiva; (iii) dentro de dichas medidas, la Constitución contempla aquellas relativas al ámbito laboral acorde con las condiciones de salud de esta población y “la formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran”, así como la educación para las personas con limitaciones físicas o mentales<sup>6</sup>.”

7.- Lo expuesto lleva a resaltar el interés del Estado colombiano - acogido de manera expresa en el texto constitucional y reforzado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos -, de ofrecer una protección especial a las personas discapacitadas colocadas, muchas de ellas, por razón de sus limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales en situación manifiesta de debilidad. Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido también de manera reiterada en esa protección. Ha dicho al respecto, que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en circunstancia de indefensión bien sea por razones físicas mentales o sensoriales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria<sup>7</sup>. Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar - en la medida de lo factible - esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas y propender por su efectiva integración a la sociedad.

“La interpretación de la ley, a partir de los presupuestos de la normalidad, en consecuencia, no es apropiada cuando se propone aplicarla a los disminuidos psíquicos, pues, en su caso se torna imperativo con miras a su integración social extraer los elementos de la misma que tiendan a su mayor beneficio y excluir los que a la luz de su particular situación puedan resultar irrazonables<sup>8</sup>.”

8.- De conformidad con la referida línea de argumentación, el Estado ni las autoridades públicas pueden negarse a brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas discapacitadas compensar sus limitaciones par obtener una real integración a la sociedad. Este deber de protección no solo radica en cabeza de las y de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a todas las autoridades públicas sin excepción, incluso a los particulares que - como las Empresas Promotoras de Salud - prestan el servicio público de salud<sup>9</sup>.

La salud un derecho constitucional fundamental y un servicio público.

9. La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Nacional, establece que la salud, en favor de todos los habitantes del territorio Nacional, es tanto un derecho como un servicio público<sup>10</sup>. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>11</sup>.

10.- Con todo, se ha explicado por parte de este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La garantía de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, por consagrarse el derecho a la salud en normas constitucionales de la forma principios generales, tal como la mayoría de los derechos fundamentales, se hace necesario determinar su contenido mediante la configuración de las prestaciones que lo definen, es decir, se debe llenar de contenido.

En este escenario, es preciso por ello racionalizar igualmente su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia. Ahora bien, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela en aquellas eventualidades en las cuales se niegue el servicio respecto de: (i) prestaciones concretas incluidas en los planes obligatorios siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) situaciones en las que su contenido no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios, pero se presente incapacidad económica de asumir

una prestación excluida de dichos planes junto con la necesidad de garantizarla puesto que, por un lado, se trata de un sujeto de especial protección constitucional (personas discapacitadas, menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, se trata 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 implique un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así las cosas, de verificarse los criterios mencionados, el derecho a la salud debe ser protegido mediante la acción de tutela.

11.- 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 [ha previsto] 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<sup>12</sup>”.

En relación con el 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 interdependiente<sup>13</sup> 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 el juez constitucional.

12.- No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que a las personas se les prive de reclamar y, en ese orden, se les impida acceder a prestaciones

excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, esta Corporación 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 (C. N. arts 13 y 49)"<sup>14</sup>. 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.

#### El caso concreto

13.- En el asunto bajo examen, la joven Marilena Tovar Lizcano, quien tiene retardo mental severo y padece epilepsia, sufrió una caída como consecuencia de la cual perdió sus dos dientes incisivos superiores. A partir de las pruebas que obran en el expediente, fue factible constatar que el odontólogo tratante le prescribió a la joven rehabilitación oral a criterio de especialista e implantología oral. El padre de la joven quien actúa como su agente oficioso, exige que se efectúe el procedimiento prescrito y aduce que sin los dientes la señorita Tovar Lizcano no sólo tiene problemas para ingerir sus alimentos sino que presenta involución en la terapia de lenguaje, la cual, hasta el momento en que la joven perdió sus dientes, le había permitido pronunciar algunas palabras.

La IPS demandada considera que no ha desconocido ningún derecho constitucional fundamental de la joven, por cuanto en este caso se trata de un procedimiento con fines estrictamente estéticos, cosméticos y suntuarios, que no se relacionan con el restablecimiento de su salud funcional. El juez de instancia deniega el amparo. Acoge los argumentos de la entidad demandada y tiene en cuenta la declaración rendida ante ese despacho por el odontólogo tratante quien admite haber examinado a la joven pero insiste en que ordenó rehabilitación oral en vez de implantología oral y añade que este último tratamiento en el caso concreto podría significar un deterioro en la salud de la joven - si vuelve a sufrir una caída, dadas las características de su padecimiento, y por motivo de su deficiente higiene dental -.

Notificada sobre el proceso de la referencia con miras a integrar debidamente el contradictorio, la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud 'Emcosalud' - afiliada al

Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila – dejó vencer en silencio el término fijado por la Corte para su pronunciamiento.

14.- Como se desprende de los hechos narrados en precedencia, el retardo mental severo y la epilepsia que sufre la joven, la ponen en una situación de indefensión y la hacen, por consiguiente, merecedora de la especial protección que se desprende tanto de lo establecido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como de lo ordenado en la Constitución Nacional y en la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación. De ahí se deriva, incluso, la necesidad de interpretar la normatividad vigente de modo que se garantice una integración social -real y efectiva - de aquellas personas quienes por circunstancias de orden físico, sensorial o psíquico puedan verse aisladas o discriminadas y emana asimismo la obligación de disolver los obstáculos y barreras que impiden u obstaculizan LA integración a la sociedad de estas personas.

15.- Más arriba también se subrayó la doble naturaleza que adquiere la salud en el ordenamiento constitucional colombiano en tanto que servicio público y derecho constitucional y se mencionó, del mismo modo, que el carácter fundamental del derecho a la salud proviene de haber sido elevado a tal categoría por voluntad democrática de las y de los Constituyentes. Así las cosas, surge en cabeza del Estado el deber de velar por la garantía y vigencia de este derecho, en especial, cuando sus titulares son personas colocadas en situación de indefensión (artículos 1º, 2º, 13, 47, 54 y 68 Superiores) lo que se traduce, entre otras cosas, en la obligación de abstenerse de efectuar distinciones infundadas así como en el deber de adoptar las medidas de discriminación positiva a favor de estas personas a fin de que puedan disfrutar del ejercicio de sus derechos en concordancia con sus condiciones de salud y les sea permitido acceder a los instrumentos y herramientas indispensables para obtener su rehabilitación e integración social.

16.- De otra parte, observa la Sala que en virtud de lo determinado por el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 así como de lo preceptuado en el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, se establecen las restricciones y limitaciones que contempla el Plan Obligatorio de Salud -POS- en los servicios que prestan las E. P. S. En igual sentido, el artículo 28 del Decreto 806 de 1998 especifica que los costos de los tratamientos o medicamentos no contemplados dentro de la cobertura del POS, deben ser sufragados, en principio, con

recursos propios. Ahora bien, en párrafos anteriores se subrayó que una de las consecuencias de ser la salud un derecho constitucional fundamental era, justamente, la necesidad de que el Estado se preocupara por garantizar el efectivo goce de este derecho. Al tratarse de un derecho cuyo matiz prestacional se acentúa más que en otros derechos – pues, como arriba se manifestó, todos los derechos tienen de alguna forma una connotación prestacional – se dijo que su protección no podía solicitarse prima facie por vía de tutela, dada la urgencia de efectuar un delicado balance entre la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos.

17.- No obstante, se indicó también en las consideraciones de la presente providencia, que la tutela era el mecanismo procedente para solicitar la protección del derecho constitucional fundamental a la salud en sede de tutela cuando el contenido de las prestaciones ha sido previamente concretado bien por vía legal o reglamentaria. Se señaló, incluso, que cuando el contenido de tales prestaciones no ha sido previamente definido por la ley o el reglamento, puede acudir a la acción de tutela para solicitar la protección del derecho constitucional fundamental a la salud si se demuestra que la falta de amparo de este el derecho, significa, de modo simultáneo, lesionar seria y directamente la dignidad humana de la persona o implica ponerla en situación especial de indefensión.

Desde la perspectiva descrita con antelación, debe la justicia constitucional analizar con cuidado las circunstancias del asunto sub iudice y, de esta suerte, determinar si procede o no el amparo por vía de tutela.

18.- Un examen detallado del asunto puesto bajo consideración de la Sala en la presente ocasión, lleva a concluir que aquí procede la acción de tutela para proteger el derecho constitucional fundamental a la salud por cuanto de otro modo se desconocería el derecho de la joven –quien tiene retardo mental severo – a llevar una vida en condiciones de dignidad y de calidad. Rechazar el amparo solicitado supondría no solamente impedir la –efectiva y real – integración social de la joven sino que traería consigo empeorar su situación poniéndola en circunstancia especial de indefensión.

20.- En vista de las dudas expresadas por el médico tratante respecto de los riesgos que podía traer consigo para la salud y para la vida de la joven el implante de los dientes,

considera la Sala que es preciso tener en cuenta una segunda opinión por manera que se garantice, de paso, el derecho al diagnóstico, en los términos en los que este derecho ha sido precisado por la jurisprudencia constitucional. Ha dicho la Corte, que el derecho constitucional a la salud incluye el derecho a un efectivo diagnóstico<sup>15</sup>. El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994, define el diagnóstico como “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”.

21.- La jurisprudencia constitucional ha abierto paso a la consolidación del derecho al diagnóstico como presupuesto de la adecuada prestación del servicio público de atención en salud.<sup>16</sup> En efecto, la Corte ha sostenido que “...cuando no se practica un examen diagnóstico requerido para ayudar a detectar una enfermedad y por ende determinar el tratamiento necesario, se está poniendo en peligro el derecho a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida”<sup>17</sup>. Puestas así las cosas, se tiene que al negarse la realización de un examen diagnóstico que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión para así determinar el tratamiento necesario, se vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud.

22.- En este lugar, resulta de gran importancia precisar que en la práctica la efectiva garantía del derecho al diagnóstico se relaciona con dos situaciones específicas. De un lado, la exigencia de que las decisiones judiciales que reconocen prestaciones de servicios en salud estén respaldadas por órdenes médicas. Y, del otro, la existencia de fallas en el Sistema de Seguridad Social en salud que afectan la efectiva y eficiente prestación de éste servicio, vulnerando con ello los principio de calidad e integralidad del derecho a la salud.

En relación con lo primero, la Corte ha establecido que para el reconocimiento por vía de tutela de prestaciones en materia de salud debe mediar, entre otros, el requisito de que el médico tratante haya dispuesto previamente la orden del medicamento, tratamiento o insumo, en favor del paciente. Incluso, esta Corporación ha aclarado que por regla general, el médico debe ser un profesional adscrito a la empresa prestadora del servicio de salud, de la cual se reclama el reconocimiento de la prestación en cuestión. Lo anterior, tiene como sustento el hecho de que la orden médica debe corresponder coherentemente al proceso médico que se le adelanta al paciente, además, se busca evitar que los requerimientos en

materia de salud en cabeza de un usuario del servicio, carezcan de continuidad en relación con el seguimiento de su estado por parte de la empresa que le debe presta la atención requerida.

23.- Por ello, la regla general es que si se reclama un determinado servicio de una empresa prestadora de salud, éste debe estar previamente contenido en una orden emitida por un médico adscrito a la entidad; pues, se asume que dicha orden es el resultado del seguimiento del estado de salud del paciente, producto del análisis médico que se le ha adelantado al usuario dentro de la respectiva empresa.

Así mismo, tal y como se explicó en párrafos precedentes, la exigencia de que las ordenes del juez de tutela en relación con el reconocimiento de prestaciones en materia de salud, estén siempre respaldadas por una orden médica, busca resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser reemplazado por el jurídico, y sólo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la pertinencia de un tratamiento médico.

24.- Junto a lo anterior, existen casos en los que el diseño institucional de las empresas que participan en la implementación de la prestación del servicio de salud, no permite dar cuenta de situaciones particulares de los usuarios, ni satisfacer de forma oportuna todas las necesidades de los sujetos pasivos de este servicio. Circunstancias que traen como consecuencia, entre otras, que los usuarios (i) deban someterse a meses de espera para acudir a un especialista, (ii) vean limitadas sus posibilidades de acceder a varias opiniones médicas - que guarden independencia con aquellas emitidas por el médico tratante - en relación con su estado de salud, y (iii) se encuentren ante situaciones en las que a pesar de necesitar atención de urgencia, no les sea proporcionada debido al largo procedimiento interno que debe desplegarse en la entidad. Dentro de este contexto, se ven obligados a acudir a médicos particulares, no adscritos a dichas empresas, y en general a opiniones médicas ajenas a las formalidades exigidas, tanto por las empresas a las que se encuentran afiliados, como por la misma jurisprudencia en materia de salud.

25.- En armonía con lo antedicho, la exigencia del requisito explicado según el cual la procedencia del reconocimiento por tutela de una prestación en salud debe derivarse de una orden del médico tratante adscrito a la E. P. S., ha de interpretarse de conformidad con la Constitución. Lo anterior, teniendo en cuenta que existen diversos escenarios dentro de los

cuales, es posible evidenciar en muchas ocasiones que la atención brindada por las entidades que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en salud resulta deficiente y, en contraposición a los intereses de los usuarios.

26.- Vistas las cosas de la forma anotada en precedencia, considera la Sala que en el caso bajo examen resulta preciso un segundo diagnóstico que guarde entera independencia respecto de la opinión emitida por el médico tratante y del concepto que puedan tener los médicos adscritos a la entidad demandada. En tal sentido, considera la Sala que, con miras a garantizar la debida autonomía, el concepto debe ser pronunciado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses previo examen de la situación en que se encuentra la joven para que de esta manera pueda establecerse la necesidad de confirmar el diagnóstico realizado por el médico tratante o de efectuar el tratamiento de implantología oral solicitado. Si el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses estima que el procedimiento de implantología oral debe ser efectuado, la EPS deberá ordenar que se practique y está obligada a cubrir los costos del mismo.

27.- En relación con lo hasta aquí expresado, no considera la Sala que en el presente asunto se trate de un procedimiento meramente cosmético o suntuario. Desde luego, la implantología oral es un tratamiento estético pero su finalidad en el caso concreto no se conecta con propósitos de embellecimiento sino se liga con la posibilidad de reestablecer la salud de la joven en sus diferentes aspectos y, no en último lugar, en su faceta funcional por cuanto, sin sus dientes, la joven se ve fuertemente limitada para comer y para hablar, lo que contribuye a empeorar su situación.

29.- La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades al concepto de salud y ha sostenido que éste debe interpretarse en un sentido amplio. Abarca no sólo el aspecto funcional o físico de la persona sino también sus condiciones psíquicas, emocionales y sociales. En ese orden, ha afirmado la Corte que la salud ha de definirse desde una perspectiva integral, sin dejar de lado, ninguna de las facetas mencionadas con antelación.

En la sentencia T-659 de 2003 abordó la Corte un asunto semejante al que está bajo su consideración en la presente sentencia<sup>18</sup>. En aquella ocasión opinó la Corte que la salud no se identificaba sólo con:

“un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y

social de las personas<sup>19</sup>. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no solo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.”

En la sentencia T-307 de 2006 también resolvió la Corte un caso similar y al referirse al derecho a la salud estableció<sup>20</sup>:

“Insiste la Sala respecto de la necesidad de partir de un concepto amplio de salud. Esto no solo se desprende de la Constitución leída en su conjunto así como de lo consignado en la jurisprudencia constitucional sino que se ve reforzado por lo establecido en el ámbito internacional. Así lo expresa la observación 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la cual el Comité fija el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto. Por medio de la Observación 14 recordó el Comité sobre el Pacto de Derechos sociales, Económicos y Culturales que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.” (Subrayas en el texto original).

(...)

Lo dicho por el Comité mediante la Observación 14 cobra especial relevancia en el presente asunto. El Comité insiste en que el derecho fundamental debe entenderse como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.” La observación 14 del Comité enfatiza la necesidad de realizar una interpretación amplia del concepto de salud contenida en el párrafo 1º, artículo 12 del Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales.”

Bien vale la pena citar aquí un poco más en extenso algunos de los argumentos utilizados por la Corte Constitucional para apoyar su decisión cuando emitió la sentencia T-307 de 2006 mencionada más arriba. Es importante esta referencia por cuanto resume algunas de las intervenciones de especialistas de distintas Facultades de Medicina del País entorno al concepto integral de salud.

“La garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación pues esta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad.

En relación con la faceta preventiva, se garantiza el derecho a la salud cuando se hace todo lo necesario para evitar que las personas incurran en situaciones de riesgo que perjudique su salud integral. Se atienden distintos aspectos con la idea de prevenir dolencias y enfermedades y con el propósito de prolongar la vida así como de obtener un beneficio para las personas tanto desde el punto de vista físico, psíquico, social y emocional. Así las cosas, cuando las personas se encuentran en una situación de riesgo se deben tomar todas las precauciones posibles de modo que se evite provocar una afectación de la salud en alguno de esos aspectos. Las EPS no solo deben actuar allí donde se ha presentado la enfermedad. Deben ante todo prevenir que se llegue a esta situación o al menos hacer lo posible para que la salud no se vea afectada en la totalidad de sus aspectos. (Énfasis dentro del texto original).

Gran parte de las enfermedades no se originan en una disfunción física o funcional sino son motivadas por presiones que provienen del medio ambiente social y producen estrés: sentimientos de abandono, baja autoestima, aislamiento, burlas, inconformidad con la propia imagen, depresión, agresividad. Estas presiones comienzan a manifestarse desde la infancia más temprana y a partir de ese mismo momento es preciso reaccionar. Solo de esa forma se garantiza la faceta preventiva del derecho a la salud. Con ello se evita, de modo simultáneo, llegar a situaciones irreversibles que implican altos costos económicos, sociales y emocionales.”

30.- De las consideraciones efectuadas se sigue que la salud no equivale únicamente a disponer de un estado de bienestar físico o funcional. Debe a un mismo tiempo garantizarse el bienestar psíquico, emocional y social pues todos estos factores contribuyen a procurar a las personas una vida en condiciones de dignidad y de calidad. Tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el

derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.

Adicionalmente, en el caso sub examine se trata de un procedimiento - la implantología oral de los dos dientes incisivos centrales superiores - cuyo costo no puede ser asumido por los padres de la niña, de ahí que a la lesión de la dignidad humana de la joven por la no realización del tratamiento se suma la falta de capacidad de pago, esto es, una razón de más para concluir que en caso sub judice procede conceder el amparo solicitado.

31.- A partir de lo expuesto con antelación estima la Sala que en el caso concreto resulta preciso ordenar a la E. P. S. que confronte el diagnóstico realizado por el médico tratante con el efectuado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Si esta entidad encuentra que dadas las circunstancias de salud en que se encuentra la joven el tratamiento de implantología oral solicitado no implica un riesgo para su vida, ni para su salud o existe un procedimiento alternativo que ofrezca la protección de los derechos de la joven de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia, entonces la E. P. S. demandada debe realizar todos los trámites administrativos indispensables para que se ordene la práctica del procedimiento y está obligada a cubrir todos sus costos.

Más arriba señaló la Sala que en el caso sub judice el tratamiento odontológico de implantología oral está lejos de ser suntuario, como lo alegó la IPS entidad demandada y los sostuvo también el juez de instancia. No es un asunto cosmético o superfluo sino una intervención necesaria y urgente relacionada con la posibilidad de superar problemas funcionales de la joven así como con la necesidad de restablecer su apariencia normal que incide fuertemente en su autoestima y en el respeto por su dignidad humana. Un tratamiento, en suma, vinculado con la posibilidad de implantarle sus dientes perdidos de manera que pueda la joven recuperar su apariencia normal, la funcionalidad de su dentadura para comer y hablar y ello conduzca al restablecimiento de su salud así como facilite su integración social.

32.- A partir de lo expuesto se sigue, entonces, que - en caso de estimar el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que el tratamiento de implantología oral resulta pertinente para la joven o existe un tratamiento alternativo - la entidad demandada no

puede alegar disculpas de orden administrativo ni de ninguna otra índole para obstaculizar la prestación oportuna del servicio de salud.

Finalmente y en razón de que la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud “EMCOSALUD” afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila dejó vencer en silencio el término conferido por la Corte para que se pronunciara sobre la tutela de la referencia, en lo que concierne a esa entidad, la Sala aplicará la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En consecuencia, la Sala ordenará a la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud “EMCOSALUD” afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila y a la I. P. S. SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S. A. que, en el evento en que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses considere que el tratamiento de implantología oral de los dientes incisivos centrales superiores resulta pertinente para la joven Marilena Tovar Lizcano, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación del respectivo informe realicen todos los trámites administrativos necesarios para efectos de autorizar la práctica del referido procedimiento.

### III. DECISIÓN.

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, con fundamento en la razones expuestas en las consideraciones de la presente sentencia, el fallo emitido el día 5 de octubre de 2007 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Garzón, Huila y, en su lugar, CONCEDER el amparo invocado.

SEGUNDO.- ADVERTIR al ciudadano Jaime Tovar Tello, quien obra en representación de la joven Marilena Tovar Lizcano que tiene un mes contado a partir de la notificación de la presente providencia para acercarse al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a fin de que esa entidad valore la pertinencia del tratamiento de implantología oral

de los dientes incisivos centrales superiores para la joven Marilena Tovar Lizcano en la situación de salud en la que se encuentra o determine si existe un tratamiento alternativo.

TERCERO.- REMITIR copia del expediente al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con miras a que proceda a examinar a la joven Marilena Tovar Lizcano y conceptúe si el tratamiento de implantología oral de sus dientes incisivos centrales superiores resulta pertinente dadas las circunstancias de salud que aquejan a la joven o si existe un procedimiento alternativo, e informe al respecto al señor Jaime Tovar Tello, a la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud "EMCOSALUD" afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila, a la I. P. S. SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S. A., así como al Defensor del Pueblo.

CUARTO.- ORDENAR a la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud "EMCOSALUD" afiliada al Régimen de Excepción en Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el Departamento del Huila y a la I. P. S. SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S. A. que, en el evento en que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses considere que el tratamiento de implantología oral de los dientes incisivos centrales superiores resulta pertinente para la joven Marilena Tovar Lizcano o encuentra que existe un procedimiento alternativo, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la comunicación del respectivo informe realicen todos los trámites administrativos necesarios para efectos de autorizar la práctica del procedimiento indicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

QUINTO.- INSTAR al Defensor del Pueblo para que haga seguimiento de la estricta observancia de lo ordenado en el presente fallo e informe a la Corte Constitucional sobre el particular.

LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En este contexto resultan pertinentes tanto la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas Discapacitadas así como la Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de Personas con Discapacidad adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999 e incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 762 de 2002. Dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 2003.

2 En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

3 Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párrafo 34.

4 Adoptado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

5 Se aplica, entonces, el concepto de equiparación de oportunidades para la población con discapacidad. Según el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (Resolución 37/52 del 3 de diciembre de 1982), se trata “[d]el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos.”

6 El Tribunal Constitucional colombiano ha sido muy garantista en relación con los derechos

de las personas con discapacidad y el deber del Estado de brindar una protección especial a esta colectividad. Algunas de las sentencias que se ocupan del tema son: T-1639 de 2000, C-410 de 2001, T-595 de 2002 y C-076 de 2006, entre otras.

7 Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencia T-378 de 1997.

8 En este mismo sentido consultar Corte Constitucional. Sentencia T-1221 de 2004.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2006.

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

12 Sentencia T-859 de 2003.

13 Cfr. 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.

14 Corte Constitucional. Sentencia. SU-337 de 1999.

15 Ver Sentencia T-364 de 2003.

16 Ver Sentencia T-849 de 2001.

17 Ver sentencia T-232 de 2004

18 En ese entonces el actor, padre de un menor, instaura acción de tutela en contra de la E.P.S. Compensar pues estima que esa entidad vulneró los derechos fundamentales de su hijo al negarse a realizarle el procedimiento quirúrgico Ginecomastia Pubertal Bilateral que su hijo “requiere con urgencia, en razón que el niño esta en crecimiento y se verá afectado tanto emocionalmente como sociológicamente si no se soluciona rápidamente el problema.” La entidad demandada también alegó que se trataba de una cirugía estética no cobijada por el POS y que por consiguiente los derechos fundamentales del menor no habían sido desconocidos.

19 “Para la Sala en casos como el presente, la omisión de la E.P.S. accionada en autorizar la

realización de la cirugía del menor (...) constituye vulneración a su derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de las cuales forma parte el derecho del niño y los adolescentes al desarrollo integral y armónico y a la protección oportuna, (artículos 44 y 45 de la C.P.) lo que de suyo implica la plena atención médica para que su crecimiento físico y su equilibrio psíquico sean los que normalmente correspondan a su edad y al sexo a que pertenece. No se puede alegar la no inclusión en el P.O.S. de determinado tratamiento estético cuando se evidencia que la carencia del mismo afecta la vida en condiciones dignas del menor y si bien la cirugía que requiere no compromete aspectos funcionales, si puede afectar la salud integral incluyendo la faceta psicológica del menor.”

20 En ese caso se trataba de un niño al que la E. P. S. había negado autorizar la intervención quirúrgica (Otoplastia) que se le había recetado al menor para corregir el defecto que sufría en sus orejas. Dada la situación enfrentada por el menor caracterizada por las burlas y agresiones constantes por parte de adultos y de compañeros en el barrio y en el colegio que lo condujeron a aislarse y a adoptar un conjunto de conductas agresivas y depresivas, la Corte estimó que esas circunstancias afectaban el desarrollo integral del menor y su calidad de vida. Llegó a la conclusión, según la cual, de realizarse la cirugía en el caso concreto, podría incluso a afectarse de modo grave la salud integral del menor.