

Sentencia T-649/08

DERECHO A LA SALUD-Instrumentos internacionales de protección

DERECHO A LA SALUD-Implica una acción de conservación y otra de restablecimiento

DERECHO A LA SALUD-Fundamentalidad no puede depender de la manera como se hacen efectivos en la práctica

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Debe ser considerado como un derecho fundamental autónomo y en consecuencia es obligación de las entidades prestadoras del servicio de salud, garantizarlo desde el punto de vista material

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Características

Para la Corte todas las personas sin excepción alguna, pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud, cuando encuentren que el no suministro de procedimientos, tratamientos o medicamentos excluidos de las categorías legales y reglamentarias, significa (i) lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO PUBLICO DE SALUD

Esta Corporación, ha sostenido que el servicio de salud debe ser considerado como un servicio público esencial, y que a partir del principio de eficiencia, hace parte integral del mismo, el principio de continuidad, entendido como la imposibilidad de que las entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud, lo interrumpan de manera súbita o intempestiva, sin que exista una justificación constitucionalmente admisible y siempre y cuando se vean afectados los derechos fundamentales a la vida digna, salud o integridad personal. La mencionada interrupción del servicio no sólo ocurre cuando la entidad prestadora desvincula de manera definitiva al afiliado, estando en curso un tratamiento médico, sino también cuando aún estando vinculado a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento, procedimiento, medicamento o diagnóstico, entre otros, con fundamento en

razones de naturaleza contractual, legal o administrativo, evento en el que el juez constitucional debe intervenir, con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Interrupción vulnera derechos fundamentales

Para la Corte, la adecuada, eficiente y continua prestación del servicio de salud tiene que convertirse en un propósito real de la acción estatal y de los particulares que prestan el servicio público de salud, y está orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad, razón por la cual no es admisible suspender la prestación del servicio “(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.” En ese orden de ideas y por la importancia que reviste la prestación del servicio público de salud de manera ininterrumpida, esta Corporación ha considerado que la continuidad debe ser un derecho fundamental, que debe primar en todos aquellos casos en los que la suspensión del servicio amenace de manera seria y grave la vida, la salud, la integridad y la dignidad de los pacientes, pues “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. No es razón válida no suficiente al momento de negar la autorización para iniciar o continuar un tratamiento médico, argumentar la ausencia de un documento especializado (tal como lo son los protocolos de manejo) que debe poseer la E.P.S. en sus archivos o al cual, en todo caso, puede acceder por cuenta propia.”

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Requisitos que deben cumplirse para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, los cuales deberán ser verificados por el juez de tutela con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados

A partir de estos criterios, la jurisprudencia constitucional ha establecido los requisitos que deben cumplirse, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, los cuales deberán ser verificados por el juez de tutela con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados, a saber: (i) debe ser un médico tratante de la E.P.S. quien haya determinado el tratamiento u ordenado los medicamentos; (ii) el tratamiento ya se debió haber iniciado, o los medicamentos suministrados. Esto significa que debe haber un tratamiento médico en curso; (iii) el mismo médico tratante debe indicar que el tratamiento debe continuar o los medicamentos deben seguir siendo suministrados.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Subreglas definidas para inaplicar las normas legales y reglamentarias que excluyen medicamentos, procedimientos, tratamientos y demás servicios médicos del Plan Obligatorio de Salud

La necesidad de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social es, entonces, lo que explica que en principio su cobertura se extienda únicamente a la prestación de los servicios que indique la ley, en este caso, a través de la determinación de los servicios comprendidos en el plan obligatorio de salud. Por lo anterior, el derecho a la salud en principio, resulta exigible sólo respecto de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud. Empero, el ordenamiento jurídico prevé que algunos tratamientos que no están incluidos en el manual de procedimientos y en las demás normas complementarias, se encuentran excluidos de la cobertura del P.O.S., lo cual resulta “compatible con la Constitución, pues es un mecanismo que asegura el equilibrio financiero del sistema de salud.”

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-No debe interpretarse de manera rigurosa y absoluta el conjunto de tratamientos, procedimientos y medicamentos previstos en el Plan Obligatorio de Salud

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Excepción de inconstitucionalidad para proteger derechos fundamentales como la salud, vida e integridad física vulnerados por aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones del POS

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Resulta incomprensible que el juzgador de instancia, luego de determinar que el derecho a la salud del accionante es fundamental, concluya con un argumento de naturaleza formal que desconoce la dignidad humana

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Práctica de mastectomía subcutánea unilateral

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Implica que el titular alcance un estado lo más lejano posible al sufrimiento y que, en consecuencia, pueda desempeñarse en sociedad como un individuo normal

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-La no realización del procedimiento quirúrgico dispuesto por el médico tratante, genera afecciones serias en la salud psicológica, sexual y emocional del actor, circunstancias que no le permiten desenvolverse en condiciones normales

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-La circunstancia de que hubiera finalizado la relación laboral del peticionario no es una razón constitucionalmente admisible, para interrumpir de manera súbita la prestación del servicio de salud

Así las cosas, no garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud al accionante, anteponiendo justificaciones de naturaleza contractual, contrarían los principios de necesidad, pues la cirugía ordenada por el galeno tratante, busca en últimas garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, quedando sin fundamento constitucional el argumento esgrimido por la E.P.S., en el sentido de que se trata de una cirugía que tiene fines estéticos, y de buena fe y confianza legítima, en tanto el actor no esperaba que una vez iniciados los exámenes médicos para determinar el procedimiento a seguir con el fin de corregir la enfermedad que padece, la entidad demandada dejará de prestar el servicio, diluyendo así, las expectativas de mejoría en su salud emocional.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Los Comités Técnicos Científicos son instancias meramente administrativas, cuyos procedimientos no pueden oponerse a los afiliados al momento de hacer efectivo el derecho a la salud, incluyendo servicios médicos no cubiertos por el POS

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-La competencia para solicitar ante el Comité Técnico

Científico, el suministro de servicios médicos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, reside exclusivamente en los médicos tratantes

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Ante cualquier divergencia entre el criterio del Comité Técnico Científico y el médico tratante, prevalece el criterio de éste, “que es el criterio del especialista en salud.”

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Presupuestos que deben cumplirse para que el costo de cualquier servicio médico excluido del Plan Obligatorio de Salud, sea cubierto por partes iguales entre las E.P.S y el Fosyga

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Si el médico omitió efectuar el trámite correspondiente ante el Comité Técnico Científico de la E.P.S. demandada, esa carga no puede trasladarse al usuario del sistema de salud, por ser exclusiva del médico

Referencia: expediente T-1836942.

Acción de tutela interpuesta por el señor Juan Andrés López Díaz contra Salud Total E.P.S.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Juan Andrés López Díaz contra Salud Total E.P.S.

I. ANTECEDENTES

El 9 de noviembre de 2007, el señor Juan Andrés López Díaz, instauró acción de tutela contra Salud Total E.P.S., con el fin de lograr la protección del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas, el cual considera vulnerado por la negación del procedimiento quirúrgico dispuesto por el médico tratante, denominado mastectomía subcutánea unilateral, que busca corregir la ginecomastia que actualmente padece. La solicitud de tutela formulada, se soporta en los siguientes

1. Hechos.

Manifiesta el actor que es cotizante de Salud Total E.P.S., y que con ocasión del aumento de nivel de la tetilla izquierda, fue diagnosticada una lesión sólida isoecogénica al tejido celular subcutáneo, la cual le genera incomodidad y lo imposibilita para trabajar, “por los dolores”¹, viéndose afectado adicionalmente, desde el punto de vista psicológico.

Manifiesta que con el fin de contrarrestar la patología que actualmente padece, el médico tratante dispuso la práctica del procedimiento quirúrgico denominado “mastectomía subcutánea unilateral”², que fue negada por la E.P.S. accionada, por considerar que se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud y que se trata de un procedimiento estético, situación que a juicio del demandante, vulnera el derecho fundamental a la salud.

2. Contestación de Salud Total E.P.S.

La entidad demandada, dentro del término concedido por el juzgador de instancia, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela presentada por el actor, con fundamento en las siguientes razones:

En primer lugar, puso de presente que el accionante se afilió como cotizante dependiente a la E.P.S. el 19 de junio de 2007, y que el 8 de octubre de 2007, su empleador “canceló 3 días, y reportó la NOVEDAD de RETIRO LABORAL”³, mediante planilla de autoliquidación de aportes N° PE 680245, razón por la cual estimó que al no encontrarse afiliado, no es posible efectuar el cubrimiento económico de los servicios que requiere.

Agregó, que durante el período de permanencia en la E.P.S., al actor se le garantizó el derecho a la salud, en tanto fueron autorizados los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud a los “que legalmente tenía derecho y que requirió desde que se hizo efectiva su

afiliación.”⁴

En segundo lugar y atendiendo el procedimiento ordenado por el médico tratante, denominado mastectomía subcutánea unilateral, estimó que no es posible asumir su costo, por cuanto el actor (i) no se encuentra afiliado a la E.P.S.; (ii) porque se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud y (iii) por ser de tipo estético.

Por último y con fundamento en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998, reiteró que la responsabilidad de la E.P.S. ha cesado, atendiendo que la afiliación del peticionario no se encuentra activa, pues su empleador reportó la novedad de terminación del contrato laboral.

3. Pruebas que reposan en el expediente.

- Comprobante de documento de identidad del accionante en trámite (folio 2 del cuaderno de instancia).

- Diagnóstico dado por la Liga contra el cáncer, Seccional Risaralda, el 13 de agosto de 2007, con ocasión de la práctica de la ecografía mamaria, que indica (folio 3 ibídem):

“Con transductor lineal de alta resolución se realiza estudio con los siguientes hallazgos:

A nivel retroareolar izquierdo se observa una lesión sólida isoecogénica al tejido celular subcutáneo, contornos circunscritos, la cual mide 37x12x36 mm (...)

Los hallazgos ecográficos pueden corresponder a ginecomastia a correlacionar con el contexto clínico”.

- Solicitud de procedimientos quirúrgicos expedida por el médico tratante, doctor Edgar Casella Gómez (folio 5 ibíd.).

- Historia clínica del accionante (folio 6 ibíd.).

- Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, expedido por la E.P.S. accionada, que señala que el procedimiento dispuesto por el galeno tratante, además de estar excluido del Plan Obligatorio de Salud, es estético (folio 8 ibíd.).

- Comunicación del médico tratante del 15 de noviembre de 2007, enviada al juzgador de instancia, con ocasión del cuestionario planteado⁵, en la que indicó:

"1. LA MASTECTOMÍA SUBCUTÁNEA UNILATERAL POR GINECOMASTIA, que el paciente requiere no puede ser reemplazado por otro procedimiento ya que dentro del POS no hay otras alternativas quirúrgicas para el tratamiento.

2. NO

3. Si, por que (sic) el paciente está afectado psicológicamente.

4. El procedimiento no es de origen estético, se trata de corregir un defecto que produce serios conflictos emocionales.

5. Conformo el grupo de cirujanos que prestan sus servicios en la clínica los Rosales, cuya entidad cubre los servicios médicos a dicha EPS."

4. Declaración jurada rendida por el actor.

En diligencia llevada a cabo el 14 de noviembre de 2007, el accionante puso de presente que se encuentra afiliado a la E.P.S. demandada en calidad de cotizante y que no se encuentra vinculado a otro régimen de salud.

De otra parte, indicó que los gastos de manutención cuando no se encuentra trabajando, son asumidos por su progenitora, quien es la propietaria del inmueble donde reside y que "ella vive es del arriendo de dos apartamenticos que hay en el mismo inmueble donde vivimos y que los construyó mi papá."6.

En relación con el procedimiento quirúrgico dispuesto por el médico tratante, señaló que no cuenta con capacidad económica para asumir su costo, y que actualmente se encuentra desempleado, recalcando que "precisamente me sacaron de una obra donde trabajaba porque estaba pidiendo muchos permisos para ir donde el médico y que (sic) porque faltaba cuando amanecía con dolor en la tetilla."7

5. Trámite surtido ante la Corte Constitucional.

El expediente fue seleccionado para revisión y repartido a este Despacho, por Auto del 7 de

marzo de 2008. La Magistrada Sustanciadora, atendiendo la necesidad de allegar al proceso de tutela, elementos de juicio relevantes para dictar la decisión correspondiente, decidió mediante proveído del 28 de mayo de 2008, decretar las siguientes pruebas:

“Primero.- Por la Secretaría General, OFÍCIESE al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Occidente, en la Avenida Las Américas N° 95-25, teléfonos 3 200419 - 3 200084 - 3 205455 de la ciudad de Pereira, para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, cite al señor Juan Andrés López Díaz, quien puede ser notificado en el barrio 2500 lotes, comunidad La Francia, manzana 14 casa 12, ciudadela Cuba de la misma ciudad, teléfono 3208700, para que, practique un examen especializado, que resuelva las siguientes preguntas:

1. Teniendo en cuenta las condiciones físicas del señor Juan Andrés López Díaz, ¿la cirugía denominada mastectomía subcutánea unilateral, dispuesta por el médico tratante, es necesaria y conveniente?;

1. No practicar la intervención ordenada, ¿puede ocasionar algún tipo de perjuicio en la salud psíquica, emocional y social del señor López Díaz y significar algún tipo de deterioro en su calidad de vida?

Con el fin de que el médico forense tenga suficiente ilustración sobre el asunto objeto de revisión, la Secretaría REMITIRÁ copia de la solicitud de tutela.

El dictamen deberá allegarse a esta Corporación, dentro de los tres (3) días siguientes a su práctica.

Segundo.- Por la Secretaría General, OFÍCIESE al señor Juan Andrés López Díaz, en el barrio 2500 lotes, comunidad La Francia, manzana 14 casa 12, ciudadela Cuba de la ciudad de Pereira, para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, envíe con destino al expediente de tutela de la referencia, fotografías que den cuenta del aumento de nivel de la tetilla izquierda.

Adicionalmente, deberá remitir copia de las incapacidades a las que hizo referencia en la declaración juramentada rendida ante el juzgado de instancia, el 14 de noviembre de 2007.

Tercero.- Por la Secretaría General, OFÍCIESE al doctor Edgar Cassella Gómez, médico tratante del accionante, en la carrera 9 N° 25-25 consultorio 313 de la ciudad de Pereira (Clínica Los Rosales), para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, responda los siguientes interrogantes:

1. ¿La práctica del procedimiento quirúrgico denominado mastectomía subcutánea unilateral, está encaminada al mejoramiento de la calidad de vida del señor Juan Andrés López Díaz?

1. Los procedimientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (Resolución 5261 de 1994), denominados (i) mastectomía subtotal; (ii) mastectomía total; (iii) mastectomía radical modificada o simple ampliada y (iv) mastectomía radical, ¿pueden reemplazar la cirugía ordenada por usted, denominada mastectomía subcutánea unilateral?

Cuarto.- Por la Secretaría General, ENVÍESE copia de esta providencia a Salud Total E.P.S., a la Avenida Circunvalar N° 11-31, teléfono 3139888 - 3139900, de la ciudad de Pereira, para que, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, indique lo que estime pertinente.”

En escrito recibido vía fax el 5 de junio de 2008, en la Secretaría General de esta Corporación, el médico tratante del accionante, indicó que (i) el procedimiento quirúrgico denominado mastectomía subcutánea unilateral “Está encaminado al mejoramiento de la calidad de vida del paciente”⁸, y de otra parte, que los procedimientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, no pueden sustituir el ordenado, pues “son para cáncer de la mama y el paciente tiene una enfermedad benigna de la mama (ginecomastia).”⁹

5.2. Examen especializado efectuado a Juan Andrés López Díaz, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, regional occidente, sección psiquiatría forense.

En primer lugar, el accionante respecto de su enfermedad, manifestó al doctor Jairo Franco

Londoño, médico psiquiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal, que “hace cinco años me empezó a crecer la tetilla izquierda, comencé a ver que iba aumentando de tamaño, inicialmente me decían que no era nada pero ahora se burlan los amigos de mi, la novia me dice que me va a prestar el brasier, no me puedo quitar ni la camisa, me afecta tener relaciones sexuales, una mujer no quiere estar con un hombre así ellas buscan hombres normales, me colocan apodos como tetunio, tetero, tetilio, esto me impide vivir bien, me afecta el trabajo, no me puedo dejar ver de nadie en el trabajo, espero que todos se vistan y después lo hago sólo, me toca salir de último, hago demorar la entrega del turno, no me gusta que se burlen de mi.”¹⁰

De otra parte, el médico forense señaló a manera de ilustración, que el examen mental realizado tiene alteraciones del afecto y del contenido del pensamiento, y que la patología denominada ginecomastia, que padece el actor, es el aumento exagerado del tamaño del pecho en el hombre, llegando en algunos casos a parecerse a los senos de la mujer, presentándose en cualquier edad en una o ambas glándulas mamarias, y que la manera más frecuente de presentación es la acumulación de grasa por aumento de peso y al ir avanzando de edad, “sin embargo también se ve por la influencia hormonal transitoria que ocurre durante la adolescencia situación en la cual puede haber mejoría a medida que pasa la pubertad, el uso de algunas drogas recetadas por médicos y algunas enfermedades también se manifiestan por el aumento desmedido de los senos en el hombre.”¹¹

Agregó, que “[l]a ginecomastia es un problema bastante frecuente y por el que muy pocos hombres acuden al médico quizás por vergüenza, causando muchos problemas con la imagen que cada persona tiene de su cuerpo y en sus actividades como asistir a piscinas, practicar deportes o llevar camisas y camisetitas ajustadas.”¹²

En relación con el caso específico de Juan Andrés López Díaz, indicó que la afección que padece le causa alteraciones emocionales “específicamente relacionadas con su círculo de amistades, compañeros del trabajo y relaciones de pareja”¹³ y que su apariencia personal, le genera pensamientos y sentimientos que le impiden comportarse adecuadamente en el ambiente laboral, en las relaciones de amigos y principalmente en las relaciones de pareja, debido a la connotación psicológica que tiene el “‘pensarse o sentirse’ con apariencia femenina, siendo un hombre heterosexual.”¹⁴

Consideró el facultativo, que otra condición que le puede generar sentimientos de minusvalía y comportamientos de aislamiento, es que la ginecomastia no es bilateral, sino unilateral “es decir una tetilla con aspecto masculino y la otra con aspecto femenino; si ambas tetillas fueran similares, incluso con ginecomastia, cabría esperar que ejercicios pectorales pudieran aumentar el músculo y dar simétricamente apariencia masculina, pero esta situación es improbable por la asimetría de las tetillas.”¹⁵

Con todo, concluyó que para Juan Andrés López Díaz, la “cirugía que se recomienda, puede no solo aliviarle la apariencia física sino facilitarle su actitud hacia la vida en la medida que va a tener un sentimiento y un pensamiento acorde con los comportamientos masculinos propios de su masculinidad y su orientación de género, heterosexual”, pues “[c]uando una persona tiene el sentimiento y el pensamiento en contravía puede conllevar a alteraciones en el comportamiento generando una disonancia cognitiva, entrando la personalidad en conflicto y esto facilitando la aparición de trastornos de ansiedad.”¹⁶

No corregir la ginecomastia unilateral, “puede ir en detrimento de la salud emocional y el comportamiento social en la vida del señor JUAN ANDRÉS LÓPEZ DÍAZ.”¹⁷

5.3. Escrito allegado por Salud Total E.P.S.

El representante legal de la entidad demandada, reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación de la acción de tutela, agregando que el 8 de enero de 2008, el actor fue trasladado al régimen subsidiado, correspondiéndole en consecuencia autorizar los servicios de salud que requiera el accionante.

De otra parte, estimó que ningún derecho fundamental fue vulnerado, pues la “entidad se sujetó en todos los pasos que dio la normatividad en salud y a los hechos que se presentaron”¹⁸, máxime cuando el derecho invocado por el actor como vulnerado, no tiene el estatus de fundamental, a partir de lo establecido en la Constitución Política (Arts. 11 a 41) y el Decreto 2591 de 1991 (Art. 2º), normas que determinan los derechos fundamentales que son protegidos por vía de tutela, “de los cuales ninguno es alegado por el accionante y por ende se concluye que no es procedente la acción estudiada.”¹⁹

Con fundamento en lo anterior, la E.P.S. accionada solicitó a la Sala de Revisión de esta Corporación, confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira,

“ya que el señor JUAN ANDRÉS LÓPEZ, NO se encuentra afiliado a Salud Total y por ende, no tiene derecho a que esta entidad le autorice el Plan Obligatorio de Salud, máxime si se tiene en cuenta que el usuario se encuentra desafiliado por TRASLADO AL RÉGIMEN SUBSIDIADO, por ende, deber ser la nueva ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD quien le preste el POS. Si no se ha afiliado aún, debe la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD prestarle los servicios que actualmente demande en su calidad de VINCULADO al sistema.”²⁰

Solicitó como petición subsidiaria, que en caso de acceder a la protección constitucional solicitada, pueda repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, por los gastos en los que incurra con la realización del procedimiento quirúrgico denominado mastectomía subcutánea unilateral, el cual se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2007, decidió negar por improcedente la tutela incoada, bajo la consideración de que el accionante no se encuentra afiliado al régimen contributivo, pues estuvo vinculado a la entidad “desde el 19 de junio de 2007 hasta el 8 de octubre del mismo año, o sea, 3 meses y 20 días.”²¹

Consideró que una vez finaliza la relación laboral, y la misma es reportada por el empleador a la E.P.S. correspondiente, cesa para ésta, la obligación de prestar el servicio de salud al usuario, existiendo excepcionalmente la posibilidad de darle continuidad por un período de tiempo determinado, siempre y cuando se configure alguna de las previsiones establecidas en el Decreto 1938 de 1994 (Art. 25).²²

En ese orden de ideas, estimó que el demandante no puede acceder a los beneficios del Plan Obligatorio de Salud, pues su vinculación con la E.P.S. demandada fue efímera “y menos a los que están por fuera de él, que es lo que pretende con la tutela.”²³

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la sentencia objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36

del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

Juan Andrés López Díaz, impetró acción de tutela contra Salud Total E.P.S., por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, con ocasión de la negativa de practicar el procedimiento quirúrgico denominado mastectomía subcutánea unilateral, ordenado por el médico tratante doctor Edgar Cassella Gómez, que busca corregir la lesión sólida isoecogénica al tejido celular subcutáneo (ginecomastia), originada por el aumento de nivel de la tetilla izquierda.

Por su parte, Salud Total E.P.S. solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela propuesta, por estimar que el accionante no está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, pues se vinculó como trabajador dependiente el 19 de junio de 2007 y su empleador el 8 de octubre de 2007, “canceló 3 días y reportó la NOVEDAD de RETIRO LABORAL, mediante Planilla de Autoliquidación de Aportes Número PE680245”²⁴, razón por la cual la E.P.S. no tiene obligación contractual, ni legal de prestar los servicios de salud solicitados por el señor López Díaz.

Adicionalmente, indicó que el procedimiento dispuesto por el facultativo, está excluido del Plan Obligatorio de Salud y tiene fines estéticos.

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, en sentencia del 21 de noviembre de 2007, declaró la improcedencia de la acción de tutela, bajo la consideración de que el actor no se encuentra afiliado a la entidad demandada, pues la relación laboral finalizó y fue reportada la novedad por el empleador a la E.P.S., razón por la cual señaló, no existe para la entidad accionada ningún tipo de obligación en la prestación del servicio público de salud, circunstancia que no puede soslayar la posibilidad de que la prestación de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud, pueda garantizarse por cuatro semanas más, siempre y cuando el afiliado hubiera cotizado como mínimo seis meses antes de la desvinculación (Decreto 1938 de 1994, Art. 25), lo cual para el caso concreto no se cumple, en tanto el peticionario solamente cotizó “3 meses y 20 días.”²⁵

A partir de la situación fáctica expuesta, las pruebas allegadas al expediente de tutela y la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, le corresponde establecer

a la Sala de Revisión, si los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de Juan Andrés López Díaz, fueron vulnerados por Salud Total E.P.S., con ocasión de la interrupción súbita en la prestación del servicio de salud, al negar la práctica del procedimiento quirúrgico denominado mastectomía subcutánea unilateral, que busca corregir la ginecomastia que actualmente padece, bajo la consideración de que la relación laboral que le permitía continuar en el régimen contributivo, había finalizado.

Para tal efecto, la Sala previamente hará referencia a la jurisprudencia de esta Corporación, relativa (i) a la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de tutela; (ii) al principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud; (iii) a las subreglas definidas por el Tribunal Constitucional para inaplicar las normas legales y reglamentarias que excluyen procedimientos del Plan Obligatorio de Salud y (iv) resolverá el caso concreto.

3. Justiciabilidad del derecho a la salud por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

Con fundamento en las orientaciones jurisprudenciales dadas por esta Corporación, el derecho a la salud previsto en el artículo 49 de la Constitución Política, cuenta con una doble naturaleza²⁶, en tanto se trata de un servicio público esencial a cargo del Estado, y de otra, es un derecho de naturaleza constitucional. Así las cosas y a partir de su naturaleza dual, la Corte ha fijado el alcance de este derecho, estableciendo los parámetros con el fin de que sea exigible judicialmente por vía de tutela.

La jurisprudencia constitucional ha sido prolija al establecer por regla general, que el ámbito de justiciabilidad del derecho a la salud no es la acción de tutela, a menos que el juez constitucional acuda al criterio de la conexidad para determinar su fundamentalidad²⁷, es decir, que estando íntimamente ligado con un derecho de naturaleza subjetiva como la vida o la integridad personal, se transmute para que sea protegido mediante acción de amparo constitucional²⁸.

La protección del derecho a la salud, igualmente se encuentra consagrada en instrumentos internacionales, los cuales a partir de lo establecido en el artículo 93 de la Carta Fundamental hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, en virtud del bloque de constitucionalidad²⁹.

Esta Corporación ha entendido que el derecho a la salud comprende la facultad de todo ser

humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación. Implica por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento³⁰.

No obstante lo anterior, esta Corporación en reciente lineamiento jurisprudencial³¹, distinguió entre la fundamentalidad de los derechos y la aptitud para hacerlos efectivos en la práctica o las vías procesales que el ordenamiento jurídico provee para su materialización, concluyendo que la fundamentalidad de los derechos no puede depender de la manera como se hacen efectivos en la práctica. Sobre el particular, indicó:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios - económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción). // Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida

en condiciones de dignidad. // En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse prima facie por vía de tutela. Su connotación 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 dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud - supuestamente no fundamental - con el derecho a la vida u otro derecho fundamental - supuestamente no prestacional-”³² (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Así las cosas, el redireccionamiento que ha emprendido la jurisprudencia constitucional, está encaminado a determinar que el derecho a la salud por su estrecho vínculo con el derecho a la vida digna, debe ser considerado como un derecho fundamental autónomo y en consecuencia es obligación de las entidades prestadoras del servicio de salud, garantizarlo desde el punto de vista material, con el fin de hacer realidad los valores y principios constitucionales.³³

Así lo consideró recientemente el intérprete constitucional, mediante sentencia C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, al indicar que el Sistema de Seguridad Social en Salud se caracteriza por (i) ser un derecho irrenunciable de toda persona y (ii) un derecho fundamental, estatus que se desprende de los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad primordialmente, que puede ser protegido de manera autónoma por vía de acción de amparo constitucional “en cuanto afecta directamente la calidad de vida.”.

Agregó, que “[d]el principio de universalidad en materia de salud se deriva primordialmente el entendimiento de esta Corte del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentalidad de un derecho es su exigencia de universalidad, esto es, el hecho de ser un derecho predicable y reconocido para todas las personas sin excepción, en su calidad de tales, de seres humanos con dignidad.”

En suma, para la Corte todas las personas sin excepción alguna, pueden acudir a la acción de

tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud, cuando encuentren que el no suministro de procedimientos, tratamientos o medicamentos excluidos de las categorías legales y reglamentarias, significa (i) lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho³⁴.

4. Principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política (Art. 365), dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho, y que su prestación deberá efectuarse de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, con el fin de materializar “los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.”³⁵

Uno de los tantos servicios públicos que corresponde organizar, dirigir y reglamentar al Estado, es el de salud, el cual debe orientarse a partir de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Art. 49 de la Constitución), que fueron objeto de desarrollo en la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”³⁶

Esta Corporación, ha sostenido que el servicio de salud debe ser considerado como un servicio público esencial³⁷, y que a partir del principio de eficiencia, hace parte integral del mismo, el principio de continuidad, entendido como la imposibilidad de que las entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud, lo interrumpan de manera súbita o intempestiva, sin que exista una justificación constitucionalmente admisible y siempre y cuando se vean afectados los derechos fundamentales a la vida digna, salud o integridad personal.³⁸ Sobre el particular, esta Corporación en sentencia SU-562 de 1999³⁹, sostuvo:

“(…) la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.”

La mencionada interrupción del servicio no sólo ocurre cuando la entidad prestadora desvincula de manera definitiva al afiliado, estando en curso un tratamiento médico, sino también cuando aún estando vinculado a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento, procedimiento, medicamento o diagnóstico, entre otros, con fundamento en razones de naturaleza contractual, legal o administrativo, evento en el que el juez constitucional debe intervenir, con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados.⁴⁰

Así pues, las entidades prestadoras del servicio de salud, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, no pueden realizar actos que comprometan su continuidad, y como consecuencia la eficiencia del mismo, en tanto “en un Estado Social del Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (art. 1° C.P.) y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y art. 11 C.P.), no puede predicarse la efectividad del servicio de salud en aquellos eventos en los cuales la E.P.S., desconociendo las reales circunstancias de salud de un afiliado y sin mediar justificación, lo somete a esperar indefinidamente la práctica de una cirugía que se necesita de manera urgente, o antepone problemas administrativos, contractuales o económicos, o disposiciones de carácter legal para negarse a prestar el tratamiento médico que le garantizará al usuario la existencia digna.”⁴¹

Para la Corte, la adecuada, eficiente y continua prestación del servicio de salud tiene que convertirse en un propósito real de la acción estatal y de los particulares que prestan el servicio público de salud, y está orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad⁴², razón por la cual no es admisible suspender la prestación del servicio “(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.”⁴³

En ese orden de ideas y por la importancia que reviste la prestación del servicio público de salud de manera ininterrumpida, esta Corporación ha considerado que la continuidad debe ser un derecho fundamental, que debe primar en todos aquellos casos en los que la suspensión del servicio amenace de manera seria y grave la vida, la salud, la integridad y la dignidad de los pacientes, pues “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. No es razón válida no suficiente al momento de negar la autorización para iniciar o continuar un tratamiento médico, argumentar la ausencia de un documento especializado (tal como lo son los protocolos de manejo) que debe poseer la E.P.S. en sus archivos o al cual, en todo caso, puede acceder por cuenta propia.”⁴⁴

Igualmente, ha considerado la Corte que el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos iniciados, deber ser entendido conforme a los principios de necesidad y de buena fe y confianza legítima.

Por necesarios, deben entenderse todos aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación del derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. “En este sentido, no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario.”⁴⁵

Respecto del principio de buena fe, el intérprete constitucional ha señalado “que la continuidad en la prestación del servicio público de salud se ha protegido no solo en razón de su conexión con los principios de efectividad y de eficiencia sino también por su estrecha vinculación con el principio establecido en el artículo 83 de la Constitución Nacional de acuerdo con el cual ‘Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.’ Esta buena fe constituye el fundamento sobre el cual se

construye la confianza legítima, esto es, la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez ya iniciado.”⁴⁶

A partir de estos criterios, la jurisprudencia constitucional ha establecido los requisitos que deben cumplirse, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, los cuales deberán ser verificados por el juez de tutela con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados, a saber: (i) debe ser un médico tratante de la E.P.S. quien haya determinado el tratamiento u ordenado los medicamentos; (ii) el tratamiento ya se debió haber iniciado, o los medicamentos suministrados. Esto significa que debe haber un tratamiento médico en curso; (iii) el mismo médico tratante debe indicar que el tratamiento debe continuar o los medicamentos deben seguir siendo suministrados.⁴⁷

5. Subreglas definidas por el Tribunal Constitucional para inaplicar las normas legales y reglamentarias que excluyen medicamentos, procedimientos, tratamientos y demás servicios médicos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

El Plan Obligatorio de Salud, es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo o subsidiado, y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda entidad promotora de salud autorizada para operar en el Sistema, los cuales son delimitados y definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.⁴⁸

La necesidad de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social es, entonces, lo que explica que en principio su cobertura se extienda únicamente a la prestación de los servicios que indique la ley, en este caso, a través de la determinación de los servicios comprendidos en el plan obligatorio de salud. Por lo anterior, el derecho a la salud en principio, resulta exigible sólo respecto de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud.⁴⁹

Empero, el ordenamiento jurídico prevé que algunos tratamientos que no están incluidos en el manual de procedimientos y en las demás normas complementarias, se encuentran excluidos de la cobertura del P.O.S., lo cual resulta “compatible con la Constitución, pues es un mecanismo que asegura el equilibrio financiero del sistema de salud.”

No obstante lo anterior, en determinados casos la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones puede vulnerar derechos fundamentales, razón por la cual el juez constitucional debe acudir a la excepción de inconstitucionalidad (Art. 4° de la Constitución), frente a la normatividad que establece ese tipo de limitaciones, con el fin de restablecer los derechos vulnerados, siempre y cuando se cumplan los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional:⁵⁰

“a. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado⁵¹, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos⁵²;

b. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente;

c. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).⁵³

d. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.” ⁵⁴

Con todo, el plexo de tratamientos, procedimientos y medicamentos previstos en el Plan Obligatorio de Salud, no debe interpretarse de manera rigurosa y absoluta, pues es plausible que en un caso concreto el juez constitucional, previa verificación de los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, acuda a la excepción de inconstitucionalidad, y proteja en consecuencia derechos fundamentales como la salud, vida e integridad física.

6. Análisis del caso concreto.

Como se indicó anteriormente, le corresponde en esta oportunidad a la Sala de Revisión, determinar si los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de

Juan Andrés López Díaz, fueron vulnerados por Salud Total E.P.S., con ocasión de la interrupción abrupta que sufrió en la prestación del servicio de salud, cuando venían realizándose varios exámenes especializados, con el fin de determinar el procedimiento a seguir, para contrarrestar la patología que sufre el actor y que fuera diagnosticada a partir de la ecografía mamaria, efectuada por la Liga contra el cáncer, Seccional Risaralda⁵⁵, denominada ginecomastia⁵⁶, y para la que el médico tratante, a partir de la *lex artis*, ordenó la realización de la cirugía denominada mastectomía subcutánea unilateral, la cual no fue autorizada por la entidad accionada por considerar que (i) el actor no se encuentra afiliado a la E.P.S., en tanto el empleador el 8 de octubre de 2007, reportó la novedad de retiro laboral; (ii) se encuentra excluida del Plan Obligatorio de Salud y (iii) se trata de un procedimiento estético y no funcional.

Para la Sala, resulta incomprensible que el juzgador de instancia, luego de determinar que el derecho a la salud del accionante es fundamental, en tanto si “no se le realiza la mastectomía subcutánea unilateral, su vida corre serio peligro, porque, como lo dice el médico que lo trata, Dr. EDGAR CASELLA GÓMEZ, el defecto le produce serios conflictos emocionales”⁵⁷, concluya con un argumento de naturaleza formal, que la acción de amparo constitucional propuesta es improcedente, por cuanto al haber estado el accionante 3 meses y 20 días, afiliado a la E.P.S. demandada, no se encuentra dentro del primer supuesto establecido en el Decreto 1938 de 1994, que garantiza la continuidad en la prestación del servicio de salud, respecto de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud “hasta por cuatro (4) semanas más, contadas a partir de la fecha de desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado como mínimo los seis (6) meses anteriores a la desvinculación a la misma E.P.S.”⁵⁸, desconociendo a la sazón, uno de los principios estructurantes de nuestro Estado Social de Derecho, cual es, la dignidad humana.

6.1. Verificación del cumplimiento de los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, para determinar si procede o no la protección iusfundamental solicitada.

6.1.1. No realizar la mastectomía subcutánea unilateral al señor Juan Andrés López Díaz, vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

A partir del material probatorio que reposa en el expediente, y de los conceptos especializados rendidos por el médico tratante, doctor Edgar Cassella Gómez, y el médico

psiquiatra Jairo Franco Londoño, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Occidente, es claro que la no realización del procedimiento quirúrgico denominado mastectomía subcutánea unilateral, afecta la vida digna, integridad personal y salud del peticionario, como se verá a continuación.

El galeno tratante, con ocasión del cuestionario planteado por el juzgador de instancia, indicó que no realizar la cirugía ordenada al accionante, pone en serio peligro su integridad personal, pues se trata de un procedimiento que “no es de origen estético, se trata de corregir un defecto que produce serios conflictos emocionales.”⁵⁹

Por su parte, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, luego de efectuar un examen especializado de psiquiatría forense, indicó que la afección que padece el actor, le “causa alteraciones emocionales específicamente relacionadas con su círculo de amistades, compañeros del trabajo y relaciones de pareja.”⁶⁰

De igual forma, señaló que la patología que padece Juan Andrés, “le genera pensamientos y sentimientos que le impiden comportarse adecuadamente en el ambiente laboral, en las relaciones de amigos y principalmente en las relaciones de pareja, debido a la connotación psicológica que tiene el ‘pensarse o sentirse’ con apariencia femenina, siendo un hombre heterosexual.”⁶¹

Agregó que “una condición que también puede implicarle sentimientos de minusvalía y comportamientos de aislamiento, cual es la que la ginecomastia no es bilateral sino unilateral, es decir, una tetilla con aspecto masculino y la otra con aspecto femenino; si ambas tetillas fueran similares, incluso con ginecomastia, cabría esperar que ejercicios pectorales pudieran aumentar el músculo y dar simétricamente apariencia masculina, pero esta situación es improbable por la asimetría de las tetillas.”⁶²

Con todo, concluyó que “[l]a cirugía que se recomienda, puede no sólo aliviarle la apariencia física a JUAN ANDRÉS LÓPEZ DÍAZ, sino facilitarle la actitud hacia la vida en la medida que va a tener un sentimiento y un pensamiento acorde con los comportamientos masculinos propios de su virilidad y su orientación de género heterosexual. El no corregir la ginecomastia unilateral, puede ir en detrimento de la salud emocional y el comportamiento social en la vida de JUAN ANDRÉS LÓPEZ DÍAZ”⁶³ (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Como se puede observar, los conceptos médicos concuerdan en que la realización de la cirugía ordenada por el facultativo tratante, está orientada a garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, el cual no debe ser entendido como un mandato sin mención de contenido, sino como un derecho cualificado que implica el reconocimiento y búsqueda de una vida digna, pues limitarlo solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sería no concebir que se trata de un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.⁶⁴

Así las cosas, la garantía material del derecho a la vida, implica que el titular alcance un estado lo más lejano posible al sufrimiento⁶⁵ y que, en consecuencia, pueda desempeñarse en sociedad como un individuo normal con una óptima calidad de vida, único sentido en el que puede interpretarse el artículo 11 superior, entendido armónicamente con el principio de dignidad humana contenido en el artículo 1° de la Constitución.⁶⁶

Nótese, que la no realización del procedimiento quirúrgico dispuesto por el médico tratante, genera afecciones serias en la salud psicológica⁶⁷, sexual⁶⁸ y emocional⁶⁹ del actor, circunstancias que no le permiten desenvolverse en condiciones normales, en tanto “[c]uando una persona tiene el sentimiento y el pensamiento en contravía puede conllevar a alteraciones en el comportamiento generando una disonancia cognitiva, entrando la personalidad en conflicto y esto facilitando la aparición de trastornos de ansiedad.”⁷⁰

Ahora bien, la circunstancia de que hubiera finalizado la relación laboral del peticionario, que en principio es el presupuesto que exige el ordenamiento jurídico para que la persona continúe afiliada al régimen contributivo, no es una razón constitucionalmente admisible, para interrumpir de manera súbita la prestación del servicio de salud, pues como se indicó en la parte dogmática de esta sentencia, uno de los principios orientadores del servicio público esencial de salud es la eficiencia, que lleva implícita la garantía de la continuidad en su prestación, principio que fue desconocido en la presente oportunidad por la entidad demandada, en tanto la práctica de los exámenes que buscaban determinar el procedimiento que debía seguir Juan Andrés para contrarrestar la patología que lo afecta, iniciaron estando vigente la afiliación al régimen contributivo, razón por la cual era deber de la E.P.S. continuar

el tratamiento que había sido iniciado.

Así las cosas, no garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud al accionante, anteponiendo justificaciones de naturaleza contractual, contrarían los principios de necesidad, pues la cirugía ordenada por el galeno tratante, busca en últimas garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, quedando sin fundamento constitucional el argumento esgrimido por la E.P.S., en el sentido de que se trata de una cirugía que tiene fines estéticos, y de buena fe y confianza legítima, en tanto el actor no esperaba que una vez iniciados los exámenes médicos para determinar el procedimiento a seguir con el fin de corregir la enfermedad que padece, la entidad demandada dejará de prestar el servicio, diluyendo así, las expectativas de mejoría en su salud emocional.⁷¹

En suma, en el asunto sub examine, se vulneró el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud del peticionario, pues (i) el procedimiento quirúrgico denominado mastectomía subcutánea unilateral, fue dispuesto por el médico tratante del accionante; (ii) los exámenes especializados se empezaron a practicar estando vigente la afiliación al régimen contributivo, es decir, que el tratamiento médico estaba en curso y (iii) el médico tratante indica que la cirugía ordenada debe ser practicada para garantizar la protección del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, “pues el paciente está afectado psicológicamente”⁷², y se trata de un procedimiento que “no es de origen estético, se trata de corregir un defecto que produce serios conflictos emocionales.”⁷³

En tal contexto, para la Sala el primer requisito se encuentra cumplido.

6.1.2. La cirugía ordenada por el médico tratante del actor, no tiene sustituto en el Plan Obligatorio de Salud.

Mediante comunicación del 15 de noviembre de 2007, dirigida al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, el médico tratante del peticionario, señaló que la cirugía denominada mastectomía subcutánea unilateral por ginecomastia, no puede ser reemplazada por otro procedimiento “ya que dentro del POS no hay otras alternativas quirúrgicas para el tratamiento.”⁷⁴

En el mismo sentido, y atendiendo el requerimiento judicial efectuado por esta Corporación, el facultativo indicó que los procedimientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud

(mastectomía subtotal, mastectomía total, mastectomía radical modificada o simple ampliada y mastectomía radical), no pueden reemplazar la mastectomía subcutánea unilateral, dispuesta para corregir la lesión isoecogénica al tejido celular subcutáneo, pues se trata de procedimientos para contrarrestar el “cáncer de la mama y el paciente tiene una enfermedad benigna de la mama (Ginecomastia).⁷⁵

En ese orden de ideas, no es necesario efectuar ningún tipo de consideración adicional, pues lo señalado es suficiente para concluir que el requisito se cumple a cabalidad.

6.1.3. El accionante no puede sufragar el costo del procedimiento quirúrgico.

En la declaración juramentada rendida ante el juzgador de instancia, el 14 de noviembre de 2007, el accionante indicó que no sabe cuál es el costo del procedimiento quirúrgico dispuesto por el médico tratante, y que adicionalmente no tiene capacidad económica para asumirlo, pues “[e]n este momento no estoy trabajando, precisamente me sacaron de la obra donde trabajaba porque estaba pidiendo muchos permisos para ir donde el médico y (sic) que porque faltaba cuando amanecía con dolor en la tetilla”⁷⁶.

Adicionalmente, señaló que quien vela por su manutención, mientras se encuentra desempleado es su progenitora que “vive del arriendo de dos apartamentos que hay en el mismo inmueble donde vivimos.”⁷⁷

Así mismo, la historia clínica del accionante da cuenta de que su oficio es “obrero de construcción, albañil, instalador de pisos, techador, carpintero, mampostero, aislador, cristalero y otros”⁷⁸, circunstancia que deja entrever que sus ingresos son los estrictamente necesarios para garantizar la procura existencial, con el agravante adicional de que actualmente se encuentra sin trabajo⁷⁹, razones que la Sala estima suficientes, para concluir con fundamento en el principio de buena fe constitucional, que el actor no cuenta con los recursos económicos suficientes, para sufragar el costo del procedimiento que está reclamando por esta vía tutelar.

6.1.4. La mastectomía subcutánea unilateral, fue prescrita por el médico tratante adscrito a Salud Total E.P.S.

En relación con este tópico, el médico tratante del actor, doctor Edgar Cassella Gómez,

informó al juzgador de instancia que “conformo el grupo de cirujanos que prestan sus servicios en la clínica los Rosales, cuya entidad cubre los servicios médicos a dicha EPS”⁸⁰, afirmación suficiente para dar por cumplido este requisito.

6.2. El costo del procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante del accionante, denominado mastectomía subcutánea unilateral, que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud y que la Sala ordenará en esta oportunidad, deberá ser cubierto por partes iguales entre Salud Total E.P.S. y el FOSYGA, de conformidad con lo previsto en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 y la sentencia C-463 de 2008.

La Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, tiene como fundamento teleológico, el mejoramiento en la prestación de los servicios de salud a los usuarios, para lo cual modificó aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud.

Uno de los aspectos regulados en esta normativa (Art. 14), es el referente a la función de aseguramiento en salud, que será prestada por las entidades promotoras de salud en cada régimen, función que por expreso mandato legal, es indelegable y se define “como la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.”

Prevé el literal j) del mismo artículo, que “[e]n aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los

costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.”

Con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra las expresiones “alto costo” y “medicamentos”, contenidas en la citada disposición, esta Corporación luego de efectuar la integración normativa, dispuso declarar la exequibilidad del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, “en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.”⁸¹

Como aspecto inicial, la decisión dictada en sede de control abstracto, recalcó a partir de la jurisprudencia elaborada por esta Corporación, que (i) los Comités Técnicos Científicos son instancias meramente administrativas, cuyos procedimientos no pueden oponerse a los afiliados al momento de hacer efectivo el derecho a la salud de los usuarios a través de la prestación de servicios médicos no cubiertos por el POS; (ii) que la competencia para solicitar ante el Comité Técnico Científico, el suministro de servicios médicos que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, reside exclusivamente en los médicos tratantes y (iii) que ante cualquier divergencia entre el criterio del Comité Técnico Científico y el médico tratante, prevalece el criterio de éste, “que es el criterio del especialista en salud.”

Consideró a partir de lo anterior, “que el procedimiento previsto por las EPS para el otorgamiento de servicios médicos por fuera del POS corresponde a un trámite administrativo interno de las entidades prestadoras de salud el cual no puede ser oponible al afiliado al sistema, ya que: i) no le corresponde adelantarlo por su propia cuenta, al no ser competente y además ii) este requisito constituye una carga administrativa propia de la entidad, que no puede establecerse como una barrera para el goce efectivo de los servicios de salud”, concluyendo que cuando la EPS no estudie oportunamente las solicitudes efectuadas por el médico tratante, o éste no las tramita ante el Comité Técnico Científico, y en tanto la prestación de servicios médicos se obligue mediante acción de tutela, “los costos deberán ser cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga, tal como lo dispone la norma.”

De otra parte y en relación con la norma objeto de estudio, señaló que su ámbito restrictivo,

vulnera el derecho fundamental a la salud, “esto es su universalidad”, en tanto (i) establece una limitante frente a ciertos grupos de usuarios del sistema general de salud, de acceder a prestaciones en salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, como aquellos que padecen enfermedades no catalogadas como de alto costo⁸² y los que se encuentran afiliados al régimen subsidiado⁸³ y (ii) respecto de prestaciones de servicios de salud diferentes a los medicamentos, como procedimientos quirúrgicos, exámenes, “o cualquier otro tipo de prestación en salud.”⁸⁴

En tal contexto, consideró de manera categórica la Corte que “tal y como está redactada la norma, con las exclusiones y limitaciones a que se ha hecho mención, tiene el efecto perverso de conminar a los ciudadanos excluidos del beneficio relativo a la prestación de servicios de salud No-POS y respecto de todo tipo de prestaciones, a tener que presentar siempre acciones de tutela para poder acceder a dichas prestaciones y con ello lograr la protección efectiva de su derecho a la salud. Lo anterior, no puede ser aceptado, tolerado, ni permitido por esta Corporación, que tiene el máximo deber de velar por la guarda de la supremacía de la Constitución, sus valores, principios y derechos.”

Estas razones, fueron suficientes para que el intérprete constitucional, en virtud del principio de conservación del derecho, dictara una sentencia aditiva en el juicio de constitucionalidad del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, “en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes” (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Así las cosas, los presupuestos que deben cumplirse para que el costo de cualquier servicio médico excluido del Plan Obligatorio de Salud, sea cubierto por partes iguales entre las E.P.S y el Fosyga, a partir de los parámetros establecidos en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 y la sentencia C-463 de 2008, son:

* Que se trate de cualquier tipo de enfermedad, pues para la Corte este concepto debe entenderse “en un sentido amplio en cuanto comprometa el bienestar físico, mental o

emocional de la persona y afecte el derecho fundamental a la salud así como otros derechos fundamentales, a una vida digna o a la integridad física, independientemente de que sea o no catalogado como de alto costo.”⁸⁵

* Que el servicio médico o prestación de salud, prescrito por el médico tratante y excluido del Plan Obligatorio de Salud, comprenda cualquiera de los regímenes en salud “legalmente vigentes”.⁸⁶

* Que la E.P.S. no estudie oportunamente las solicitudes de servicios de salud, ordenadas por el galeno tratante (medicamentos, intervenciones quirúrgicas, tratamientos, o cualquiera otro), que están por fuera del Plan Obligatorio de Salud, ni que el médico tratante las tramite ante el respectivo Comité Técnico Científico, y se vea obligada a suministrarlo con ocasión de una orden judicial dictada por un juez de tutela.

Atendiendo entonces, que en el sub lite (i) el accionante padece una lesión sólida isoecogénica al tejido celular subcutáneo (ginecomastia); (ii) con el fin de corregir la patología que padece, el médico tratante dispuso la práctica del procedimiento quirúrgico denominado mastectomía subcutánea unilateral; (iii) Salud Total E.P.S. negó la cirugía, por considerar que está excluida del Plan Obligatorio de Salud y tiene fines estéticos; (iv) el facultativo omitió efectuar el trámite correspondiente ante el Comité Técnico Científico de la E.P.S. demandada, carga que no puede trasladarse al usuario del sistema de salud, por ser exclusiva del galeno y (v) la cirugía será ordenada por la Sala de Revisión, con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de Juan Andrés López Díaz, para la Sala es claro, que el costo del procedimiento quirúrgico deberá ser cubierto, por partes iguales, entre Salud Total E.P.S. y el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, el 21 de noviembre de 2007, y en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, ordenando en consecuencia a Salud Total E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a

la notificación de esta sentencia, proceda a realizar el procedimiento quirúrgico dispuesto por el médico tratante de Juan Andrés López Díaz, denominado mastectomía subcutánea unilateral, con el fin de corregir la ginecomastia que actualmente padece.

Adicionalmente, advertirá a Salud Total E.P.S. que el costo del procedimiento denominado mastectomía subcutánea unilateral, ordenado en esta oportunidad al accionante, deberá ser cubierto por partes iguales con el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, razón por la cual, solamente podrá repetir por la mitad de su valor.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, el 21 de noviembre de 2007, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de Juan Andrés López Díaz.

SEGUNDO.- ORDENAR a Salud Total E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a realizar el procedimiento quirúrgico dispuesto por el médico tratante de Juan Andrés López Díaz, denominado mastectomía subcutánea unilateral, con el fin de corregir la ginecomastia que actualmente padece.

TERCERO.- ADVERTIR a Salud Total E.P.S., que el costo del procedimiento denominado mastectomía subcutánea unilateral, ordenado en esta oportunidad al accionante, deberá ser cubierto por partes iguales con el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, razón por la cual, solamente podrá repetir por la mitad de su valor.

CUARTO.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 9 del cuaderno de instancia.

2 Folio 9 ibídem.

3 Folio 21 ibíd.

4 Ibídem.

5 El auto admisorio de la demanda, dispuso oficiar al médico tratante con el fin de que indicara: “1. Si la MASTECTOMIA SUBCUTÁNEA UNILATERAL que requiere el paciente, puede ser reemplazada por otro procedimiento que se encuentre incluido dentro de P.O.S; // 2. Si no se la realizan, corre serio peligro su vida; // 3. Si no se la realizan, corre serio peligro su integridad personal; // 4. Si el procedimiento a realizar es estético o funcional; // 5. Si como médico que ordenó el procedimiento, se encuentra adscrito a la E.P.S. SALUDTOTAL o a la I.P.S. que atendió al paciente por cuenta de aquella” (folio 13 del cuaderno de instancia).

6 Folio 20 del cuaderno de instancia.

7 Ibídem.

8 Folio 26 del cuaderno de revisión.

9 Ibídem.

10 Folio 46 ibíd.

11 Folio 47 ibíd.

12 Folio 48 ibíd.

13 Ibídem.

14 Ibíd.

15 Ibíd.

16 Ibíd.

17 Folio 49 ibíd.

18 Folio 42 ibíd.

19 Ibíd.

20 Folio 43 ibíd.

21 Folio 35 del cuaderno de instancia.

22 La disposición en cita, señala: “DEL PERIODO DE PROTECCION LABORAL. Una vez finalizada la relación laboral o el aporte correspondiente a la cotización en salud, el trabajador y su familia gozarán de los beneficios del plan obligatorio de salud hasta por cuatro (4) semanas más contadas a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado como mínimo los seis (6) meses anteriores a la desvinculación a la misma E.P.S. // PARAGRAFO 1o. Cuando el usuario lleve cinco (5) años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud tendrá derecho a un período de protección laboral de hasta tres (3) meses. // PARAGRAFO 2o. Durante el período de protección laboral, al afiliado y a su familia sólo les serán atendidas aquellas enfermedades que venían en curso de tratamiento o aquellas derivadas de una urgencia. En todo caso la

atención sólo se prolongará hasta la finalización del respectivo período de protección laboral. Las atenciones adicionales o aquellas que superen el período descrito correrán por cuenta del usuario. // PARAGRAFO 3o. La atención del parto y sus complicaciones no está sujeta a períodos mínimos de cotización. No obstante, el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado por un período mínimo de doce (12) semanas antes del parto.”

23 Folio 35 ibídem.

24 Folio 21 ibídem.

25 Folio 38 ibídem.

26 Recientemente esta Corporación en sentencia C-1041 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, con ocasión del estudio de la Ley 1122 de 2007 (Art. 15) “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en salud y se dictan otras disposiciones”, sobre el particular sostuvo: “En el ordenamiento constitucional colombiano existen numerosas referencias a la salud, empero es el artículo 49 el que le da la doble caracterización (...), pues por una parte señala que se trata de un servicio público a cargo del Estado y acto seguido garantiza a los ciudadanos el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. En esa medida la propia redacción del texto constitucional evidencia la interrelación entre el derecho a acceder a prestaciones en materia de salud y el carácter de la salud como servicio público a cargo del Estado, es decir, la salud como derecho esencialmente prestacional implica la existencia de un régimen jurídico y organizacional específico para su provisión, precisamente el de un servicio público, con las implicaciones que este concepto implica en el modelo de Estado social de derecho adoptado por la Constitución de 1991”.

27 “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida” (Cfr. T-571 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein).

28 Recientemente mediante sentencia T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, el Tribunal Constitucional en una orientación abiertamente garantista, estimó que “Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.” Agregó que “una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra -muy distinta- la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin.”

29 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.” De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.” A su vez, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, como intérprete autorizado del pacto y en relación con el alcance del derecho a la salud, señaló en la Observación General N° 14, 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. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”

30 Sentencia T-995 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

31 T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

32 El intérprete constitucional, en sentencia T-270 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, sostuvo: “La jurisprudencia constitucional ha avanzado en la estimación del derecho a la salud como fundamental y autónomo, susceptible de protección por vía de tutela de manera independiente, cuando su afectación pone en riesgo otros bienes fundamentales para el individuo como la vida; también ha dicho que en materia de salud cuando se trata de sujetos

de especial protección constitucional, la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, o cuando el procedimiento que se demanda está consagrado en el plan básico de salud, por lo cual su desconocimiento constituiría la negación de un derecho fundamental autónomamente considerado.”

34 T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

35 T-406 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

36 El principio de eficiencia, está encaminado a la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. // Según el principio de universalidad, el Sistema General de Seguridad Social Integral debe garantizarse a todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. Por último, el principio de solidaridad busca la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil (Ley 100 de 1993, Art. 2º, literales a, b y c).

37 T-170 de 2002, T-1210 de 2003, C-800 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-777 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-837 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

38 En sentencia T-1198 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, esta Corporación en relación con el principio de continuidad sostuvo: “[E]n razón de que, tanto la jurisprudencia constitucional como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dan cuenta del derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud y el mismo sería inocuo si en cualquier fase, las entidades prestadoras de salud pudiesen interrumpirlo a voluntad. La mencionada interrupción del servicio no sólo ocurre cuando la entidad prestadora desvincula de manera definitiva al afiliado, sino también cuando, aún estando cotizando a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento con fundamento en razones de carácter administrativo.”

39 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

40 T-1198 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

41 T-839 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

42 T-436 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

43 T-170 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 T-1198 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

45 T-829 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

46 T-993 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

47 T-138 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

48 Decreto 1938 de 1994, Art. 3º, literal b.

49 T-102 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

50 T-114 de 1997, T-640 de 1997 y T-784 de 1998.

51 Sentencia SU-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

52 En este sentido, en aquellos eventos en que la falta de práctica del tratamiento o del procedimiento médico que necesita el paciente pueda llegar a generar un detrimento en su salud, al punto que le impida asegurar la efectividad de los derechos de carácter fundamental -como son la vida, la integridad personal o la dignidad humana- es obligación de la entidad que presta el servicio público de salud hacer efectiva su realización, con el fin de evitar el quebrantamiento de las citadas garantías constitucionales (T-417 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis).

53 La conveniencia de probar este requisito, se justifica ante la necesidad de preservar el equilibrio financiero de las E.P.S. y en general del sistema de salud contributivo. La jurisprudencia de la Corte, ha señalado que quien pertenezca al régimen contributivo, para acceder a los beneficios excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-, debe “demostrar su incapacidad económica para asumirlos, la necesidad del tratamiento que permita garantizar sus derechos a la salud y a la vida y que la orden haya sido impartida por el médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud.” Como criterio general se presume que quien haga

parte del régimen contributivo cuenta con capacidad de pago, sin embargo, dicha presunción no opera de manera absoluta y en tal medida ha señalado la Corte que debe tenerse en cuenta las particularidades de cada caso. El intérprete constitucional ha establecido las condiciones probatorias cuando se trata de demostrar la incapacidad económica del solicitante, que reclama la autorización de procedimientos, intervenciones, diagnósticos y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, a saber: (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad” (T-683 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

54 Sentencia T-406 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil. La jurisprudencia constitucional ha establecido que es necesario que los tratamientos, medicamentos, intervenciones o procedimientos, hayan sido prescritos u ordenados por un médico adscrito a la entidad encargada de la prestación de los servicios de salud, por lo que de no cumplirse con esta exigencia, la entidad no tendría ninguna obligación de proporcionar el servicio médico requerido (T-417 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis)

55 Este examen fue practicado el 13 de agosto de 2007, cuando aún se encontraba afiliado a

la E.P.S. el peticionario.

56 Según el concepto del medico psiquiatra forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, “La ginecomastia es el aumento exagerado del tamaño del pecho en el hombre, llegando en algunos casos a parecerse a los senos de la mujer.” Esta patología “se puede presentar a cualquier edad y en una o ambas glándulas mamarias” (folio 47 del cuaderno de revisión).

57 Folio 35 del cuaderno de instancia.

58 Folio 39 ibídem.

59 Folio 30 ibíd.

60 Folio 48 del cuaderno de revisión.

61 Ibíd.

62 Ibíd.

63 Ibíd.

64 T-096 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta misma providencia, la Corte señaló: “El derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.”

65 El dolor es una situación que hace indigna la existencia del ser humano, pues no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente como individuo en la sociedad (T-489 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-545 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-509 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

66 T-489 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

67 En el dictamen rendido por el médico psiquiatra forense, pone de presente que Juan Andrés “se viste con una camisa abrochada hasta el cuello y chaqueta a pesar de la temperatura ambiente de 22 grados centígrados, su posición es a la defensiva con brazos cruzados en señal de temor” (folio 46 del cuaderno de revisión).

68 La apariencia personal del actor, no le permite comportarse adecuadamente en las relaciones de pareja, debido a la connotación psicológica que tiene pensarse y sentirse con apariencia femenina, siendo un hombre heterosexual (folio 48 ibídem).

70 Concepto rendido por el psiquiatra forense (ibíd.).

71 Nótese que en el formato de negación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud, diligenciado el 16 de octubre de 2007, el estado de la afiliación del demandante se encuentra activo (folio 8 del cuaderno de instancia).

72 Folio 30 del cuaderno de instancia.

73 Ibídem.

74 Ibíd.

75 Folio 26 del cuaderno de revisión.

76 Folio 20 del cuaderno de instancia.

77 Ibídem.

78 Folio 32 del cuaderno de revisión.

79 Telefónicamente, el accionante indicó que su estado de salud anímico se encuentra muy deteriorado y que adicionalmente no tiene empleo.

80 Folio 30 del cuaderno de instancia.

81 C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.

82 Sobre el particular, sostuvo la Corte: “En cuanto al concepto de enfermedad y su diferenciación entre enfermedad “de alto costo” y enfermedades no catalogadas como de

alto costo, comparte la Corte el criterio planteado por el Ministerio Público en el sentido de entender el concepto de enfermedad en un sentido amplio en cuanto comprometa el bienestar físico, mental o emocional de la persona y afecte el derecho fundamental a la salud así como otros derechos fundamentales, a una vida digna o a la integridad física, independientemente de que sea o no catalogado como de alto costo. // En concordancia con lo anterior, esta Sala reitera que en cuanto se trate de una prestación en salud ordenada por el médico tratante, este requerimiento se convierte en fundamental para la persona en aras de recuperar su salud, tratándose de la enfermedad de que se trate, y que por tanto las EPS deben estar obligadas a llevar a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos y solicitudes del médico tratante para su cubrimiento en caso de no estar contemplados dentro de los servicios médicos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud tanto del Régimen Contributivo como del Régimen Subsidiado.”

83 Al respecto señaló: “En cuanto al régimen de afiliación, bien se trate de usuarios del Régimen Contributivo o del Régimen Subsidiado, para la Corte es claro que ambos tipos de usuarios deben poder acceder al beneficio de que sus requerimientos ordenados por el médico tratante y no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud sean presentados por las EPS ante los CTC para su consideración y aprobación. // Adicionalmente, para la Sala la condición especial de los afiliados al Régimen Subsidiado, en cuanto se refiere a una población con menores recursos económicos y por tanto en condiciones de especial debilidad y vulnerabilidad, hace mayormente exigible del Estado una protección igualitaria en materia de salud con los afiliados al Régimen Contributivo, así también en relación con las prestaciones no cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud.”

84 En relación con éste tópico, indicó: “En cuanto al tipo de prestación en salud requerido por los usuarios, en este caso prestaciones no contempladas en el plan de beneficios del respectivo régimen o No-POS, en criterio de la Corte para la promoción, protección y recuperación de la salud se encuentran en condición de igualdad todos los tipos y clases de prestaciones en salud determinadas por el médico tratante como requeridas por el paciente, bien se trata de medicamentos, de exámenes, diagnósticos, intervenciones, cirugías, procedimientos o cualquier otro, por cuanto dichos requerimientos se convierten en fundamentales para la persona en aras de restablecer su salud, razón por la cual las EPS tienen la obligación de considerar todos los requerimientos del médico tratante respecto de prestaciones de salud No-POS cualquiera sea su naturaleza y denominación.”

85 C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.

86 *Ibíd.*