

Sentencia T-982/07

DERECHO A LA VIDA-Acepción amplia

El derecho a la vida debe ser comprendido en una acepción amplia, al considerar que tal derecho no se debe entender desde una dimensión meramente biológica, 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.

DERECHO A LA SALUD-Requisitos que deben acreditarse para la procedencia de tutela

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar tratamientos o medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Cirugía refractiva es necesaria y urgente debido a los altos niveles de disminución de la visión de la peticionaria que sufre de miopía degenerativa

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Protección aun cuando no exista peligro de muerte

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Cirugía refractiva no es un procedimiento estético sino correctivo y restablecedor de la dignidad humana/DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-El uso de anteojos o lentes de contacto no pueden sustituir la cirugía por tratarse de una patología degenerativa o progresiva

Resultaría indigno que a una persona con las dificultades visuales que padece la demandante (miopía degenerativa), se le hiciera nugatoria la protección constitucional reclamada, máxime cuando un Estado que ha prohijado la fórmula social, como es el caso nuestro, plantea como ideario la garantía material de los derechos fundamentales. Lo anterior, muestra sin asomo de duda, que en el asunto objeto de estudio la cirugía refractiva no es un procedimiento estético, sino correctivo y restablecedor de la dignidad humana de la señora, quien por la limitación visual severa que padece, igualmente ve comprometida su dignidad humana, pues se trata de una carencia visual muy alta que no le permite la autorrealización

como ser humano. Con todo, para la Sala el primer requisito se encuentra cumplido. De cara al segundo presupuesto, si bien puede considerarse que el uso de anteojos o lentes de contacto pueden ser la alternativa para sustituir la cirugía refractiva, esta consideración resulta ser insuficiente, en tanto se trata de una paciente con una patología degenerativa o progresiva que de no corregirse puede generar consecuencias serias, razón suficiente para concluir que la posibilidad de sustituir la intervención ordenada se constituye apenas en un paliativo que no tiene el mismo nivel de efectividad del procedimiento dispuesto por el médico tratante. Adicionalmente, no existe referencia alguna del galeno oftalmólogo tratante, acerca de una alternativa sustituta que pueda reemplazar la cirugía dispuesta, circunstancia adicional para que el segundo requisito de procedibilidad se encuentre satisfecho.

ACCION DE TUTELA-Autorización y práctica por EPS de cirugía refractiva para controlar la miopía degenerativa que padece la accionante y repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T-1702942

Acción de tutela instaurada por Dora Lilia Realpe Bolaños contra el Seguro Social, Seccional Cauca

Magistrado Ponente

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil siete (2007).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAUJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán, el 17 de mayo de 2007, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala

Civil, Familia, Laboral, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Dora Lilia Realpe Bolaños contra el Seguro Social, Seccional Cauca.

I. ANTECEDENTES

Dora Lilia Realpe Bolaños, mediante declaración rendida ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, presentó acción de amparo constitucional contra el Seguro Social, Seccional Cauca, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, trabajo y seguridad social. Apoya su solicitud en los supuestos de hecho que se mencionan a continuación.

1. Hechos.

Indica que es madre cabeza de familia, que se encuentra afiliada como cotizante al Seguro Social y que padece de “miopía alta y desprendimiento de retina” en ambos ojos.

Señala que ha sido tratada por médicos oftalmólogos retinólogos y que en varias oportunidades le han efectuado procedimientos con rayos láser para contrarrestar la afección de la retina en los dos ojos. Sin embargo, agrega que luego de una nueva valoración efectuada por el médico tratante doctor Rafael Gómez Heredia, dispuso la práctica de una “cirugía refractiva”, para corregir la deficiencia visual advertida por el facultativo.

Manifiesta que el Seguro Social E.P.S., niega el procedimiento ordenado esgrimiendo como razones (i) que se trata de una cirugía que no se encuentra incluida en el plan obligatorio de salud y (ii) que es un procedimiento estético, justificación que pone en riesgo su calidad de vida, la salud y el trabajo, este último, en tanto se desempeña como impulsadora, oficio en el cual ha recibido llamados de atención en varias ocasiones debido a su limitación visual “por la codificación errada que hago”.

Refiere que en varias ocasiones ha estado a punto de ser atropellada por vehículos, “pues mi visión es en el ojo derecho -12.25 y el izquierdo -16.50”, referentes cuantitativos que muestran que la visión es considerablemente baja.

Por último, manifiesta que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los costos del procedimiento ordenado por el médico tratante, pues su empleo es de medio tiempo, recibiendo como remuneración la mitad del salario mínimo, ingreso que destina para la

manutención de su hogar que está constituido por su hijo, y del cual eventualmente debe sufragar costos de “medicamentos, transportes a la ciudad de Cali para consulta, lentes de contacto duros y blandos y gafas porque el I.S.S. no los cubre.”

2. Pretensión.

Con fundamento en la situación fáctica planteada, la peticionaria pide al juez constitucional que se tutelen los derechos fundamentales a la salud, vida digna, trabajo y seguridad social, ordenando que el Seguro Social disponga lo pertinente para que realice la cirugía refractiva dispuesta por el médico tratante, incluyendo el transporte para las consultas en otras ciudades “hasta mi recuperación total.”

3. Intervención del Seguro Social, Seccional Cauca.

La apoderada judicial del Seguro Social, Seccional Cauca, doctora Adriana del Socorro Muñoz Bravo, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción tutelar, por considerar que el procedimiento denominado “cirugía refractiva”, dispuesto por el médico tratante se encuentra excluido del plan obligatorio de salud, cuestión que denota que el no suministro no obedece a “negligencia de la entidad, o por indolencia de los funcionarios que allí laboran, si no por que (sic) dentro del contrato celebrado con el afiliado, se comprometió a prestar los servicios POS, nunca se comprometió con el afiliado a prestar servicios NO POS, y prestar tales servicios constituye una falta contra el patrimonio de la entidad y la reglamentación legal que sustenta el sistema.”

Estima la demandada que la actora no ha agotado las alternativas establecidas en la ley, para tramitar lo relacionado con el suministro de medicamentos o procedimientos, cual es acudir a la Dirección Departamental de Salud, entidad que tiene a su cargo la atención de este tipo de contingencias.

Por último, señaló que la peticionaria no demostró su incapacidad económica, es decir, “que debe afectar su mínimo vital”, pues no basta con afirmarlo, sino que debe ser probado con medios probatorios idóneos.

4. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo de Familia de Popayán (Cauca), en sentencia del 17 de mayo de 2007,

denegó el amparo constitucional solicitado, por considerar que el hecho de que la demandante padezca una deficiencia visual, por sí misma no es constitutiva de una afectación grave de derechos fundamentales como la vida, integridad personal o dignidad.

Así las cosas, estimó que no se reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para autorizar un medicamento o procedimiento excluido del plan obligatorio de salud, pues a juicio del juzgador no existe “vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la vida o integridad personal, en otras palabras, la enfermedad que padece la señora DORA LILIA REALPE BOLAÑOS, cual es MIOPIA SEVERA, no atenta gravemente, o al menos en forma relevante contra su salud, pues con la negación del servicio, no corre riesgo de que se cause un posible daño a su integridad personal.”

Por lo anterior, concluyó que la intervención requerida por la actora no es absolutamente imprescindible, por cuanto no se demostró afectación de los derechos fundamentales invocados¹.

5. Impugnación.

La tutelante mediante diligencia personal ante el a quo, impugnó la sentencia de tutela, por estimar que la cirugía ordenada por el galeno tratante es urgente, “por cuanto mi visión es muy escasa debido a la alta miopía que padezco.”

De otra parte, consideró que la protección tutelar debe ser integral, en tanto se debe autorizar el tratamiento con rayos láser con ocasión del desprendimiento de retina, “el cual requiero cada seis meses, conforme a lo recomendado en la historia clínica oftalmológica.”

6. Decisión de segunda instancia.

El 27 de junio de 2007, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil, Familia, Laboral, decidió confirmar la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia, en razón a que no se cumplieron los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las disposiciones que se refieren a medicamentos y procedimientos excluidos del plan obligatorio de salud, en tanto el derecho a la vida de la peticionaria no se encuentra ostensiblemente vulnerado, pues el hecho de no realizar la cirugía dispuesta por el médico oftalmólogo tratante, no lleva de suyo la vulneración

iusfundamental de la vida, pues la limitación visual puede sobrellevarse con el uso de lentes de contacto o gafas, concluyendo en consecuencia, que no se configura el criterio de la conexidad de los derechos exigido por el intérprete constitucional, para hacer viable la acción de tutela frente a derechos de contenido prestacional.

Por último y en relación con el tratamiento de rayos láser que requiere la actora cada seis meses, al cual hizo referencia en la diligencia de impugnación de la sentencia de tutela proferida por el juez de primera instancia, estimó que no existe prueba en el expediente que permita concluir que el Seguro Social haya negado su realización, ni tampoco fue una pretensión formulada por el peticionario en la solicitud de tutela, tratándose en consecuencia de un hecho nuevo aportado “que no se instó en la demanda principal y que no se discutió dentro del proceso.”

7. Pruebas relevantes que reposan en el expediente.

- Cédula de ciudadanía y carné del Seguro Social de Dora Lilia Realpe Bolaños (folio 3 del cuaderno de primera instancia).
- Formato de negación de servicios del Seguro Social E.P.S., de la cirugía refractiva ordenada por el médico oftalmológico tratante (folio 5 ibídem).
- Historia oftalmológica de la peticionaria (folio 6 ibíd.).
- Solicitud de examen de patología (folio 14 ibíd.).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para revisar las sentencias de tutela proferidas por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán (Cauca) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil, Familia, Laboral.

2. Problema jurídico y esquema de resolución.

Con fundamento en los supuestos de hecho objeto de la presente acción tutelar y de las

decisiones adoptadas por los jueces de instancia, le corresponde determinar a la Sala de Revisión si resultan vulnerados los derechos a la salud, vida digna, trabajo y seguridad social de la señora Dora Lilia Realpe Bolaños, con ocasión de la negativa del Seguro Social de autorizar y efectuar la cirugía refractiva ordenada por el médico tratante, por considerar que se trata de un procedimiento que se encuentra excluido del plan obligatorio de salud, y en tanto no demostró su incapacidad económica.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte reiterará la jurisprudencia constitucional referente a (i) el derecho fundamental a la salud y a la vida digna e integridad personal y su protección por vía de acción de tutela; (ii) presupuestos para inaplicar las disposiciones que excluyen del plan obligatorio de salud medicamentos o procedimientos; (iii) resolverá el caso concreto.

3. El derecho fundamental a la salud y a la vida digna e integridad personal y su protección por vía de acción de tutela.

La vida, establecida como valor y derecho fundamental en la Constitución Política (preámbulo y Art. 11), debe ser propendida y garantizada por las autoridades públicas y los particulares, con mayor razón, si prestan el servicio público de seguridad social.

Así mismo, los artículos 11 y 13 del estatuto Superior establecen que el derecho a la vida es inviolable y se consagra como deber del Estado el de protegerlo, en especial, el de aquellas personas que por su condiciones económicas, físicas o mentales se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y en el mismo sentido, ordena sancionar los abusos y maltratos que contra ellos se cometan².

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia, ha considerado que el derecho a la vida debe ser comprendido en una acepción amplia, al considerar que tal derecho no se debe entender desde una dimensión meramente biológica, 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 afectan la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna³.

Conforme a lo anterior, el derecho constitucional fundamental señalado en el artículo 11 de la Carta Política, implica además que el titular alcance un estado lo más lejano posible al sufrimiento⁴ 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 Constitución⁵.

Este principio impone, entonces, a las autoridades el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la integridad, la libertad y la autonomía de hombres y mujeres por el solo hecho de existir, independientemente de cualquier consideración.

En tal contexto y en armonía con lo dispuesto en el artículo 48 de la Carta, la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley, entendida como un servicio público inherente a la finalidad social del Estado y debe asegurarse su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 365 de la Constitución Política).

De esta manera, las normas que reglan el acceso al servicio a la salud, ya en el régimen contributivo o en el subsidiado, no pueden desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas ni el principio de dignidad humana, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud ya sea del régimen contributivo o subsidiado, aplicando de manera estricta dicha reglamentación, niegan la autorización de un procedimiento quirúrgico u omiten el suministro de medicamentos o elementos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud⁶.

Por último, el derecho fundamental a la salud puede ser objeto de protección por vía de tutela, siempre y cuando se demuestre que su falta de reconocimiento (i) lesiona de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se predica de un sujeto de especial protección constitucional y, (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho⁷

4. Presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar el suministro de tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud -POS-8.

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.⁹

La necesidad de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social es, entonces, lo que explica que 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 ello, el derecho a la salud en principio resulta exigible sólo respecto de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud¹⁰.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico prevé que algunos tratamientos que no estén expresamente consagrados 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.” Sin embargo, 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, a saber:¹¹

“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 interesado¹², 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 derechos¹³;

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.). 14

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.15”.

5. Caso concreto.

La señora Dora Lilia Realpe Bolaños, quien padece miopía degenerativa¹⁶, presentó acción de tutela contra el Seguro Social, Seccional Cauca, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida, trabajo y seguridad social, con ocasión de la no autorización y práctica de la cirugía refractiva dispuesta por el médico oftalmólogo tratante, esgrimiendo como argumentos que se trata de un procedimiento excluido del plan obligatorio de salud, y de otra parte, que la peticionaria no demostró la falta de capacidad de pago para acceder al procedimiento quirúrgico.

Por su parte, los jueces de instancia denegaron el amparo solicitado, señalando que los derechos fundamentales a la vida e integridad personal no se encuentran comprometidos, pues se trata de una intervención que no es imprescindible.

Analizada la situación fáctica y las decisiones de los jueces de tutela, considera la Corte que la protección constitucional reclamada debe ser concedida, en tanto se trata de un asunto en el que dados los altos niveles de disminución de visión de la peticionaria, su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna se encuentra seriamente comprometido. Para tal efecto, dispondrá la verificación de los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, con el fin de inaplicar las disposiciones que excluyen los procedimientos del plan obligatorio de salud.

En primer lugar, la Sala constata que la cirugía refractiva dispuesta por el médico oftalmólogo tratante de la peticionaria, para contrarrestar la miopía degenerativa que actualmente padece, requiere una especial vigilancia médica para evitar el desprendimiento de retina, pues cuando este se presenta, la intervención quirúrgica es casi inevitable.

Adicionalmente, estas miopías elevadas, sufren con frecuencia otro tipo de lesiones retinianas, siendo la mas grave, la mancha de Fuch que es una lesión degenerativa de la mácula que solo en casos excepcionales ha podido ser tratada eficazmente mediante el láser¹⁷.

Por lo anterior, es claro que la intervención quirúrgica ordenada, se constituye en un procedimiento necesario y urgente para proteger de manera efectiva la vida digna e integridad personal de la señora Realpe Bolaños, pues la patología que afecta su órgano visual es progresiva y requiere de una especial vigilancia para evitar eventualmente el desprendimiento de la retina.

Especial consideración merece lo señalado en la historia clínica de la señora Realpe Bolaños, en el sentido de que “sufre de miopía desde los 7 años de edad”, situación que indudablemente denota dificultades en su desempeño como persona normal con una óptima calidad de vida, aspecto que desde el ámbito constitucional, resulta contrario al principio de dignidad humana, lo cual exige la intervención inmediata del juez de tutela.

De las pruebas allegadas al proceso, se tiene que la demandante con ocasión de la miopía degenerativa presenta una disminución en la visión del ojo izquierdo de 12.25 / 20, en tanto el ojo derecho presenta una merma de 17 / 2018, referentes cuantitativos que indudablemente denotan una seria afectación de la salud y la vida digna de la tutelante.

Es pertinente recordar, como se indicó en la consideración tercera de esta sentencia, que el derecho a la vida no debe ser entendido de manera restrictiva, sino que es necesario avanzar hacia un entendimiento amplio del concepto, razón por la cual la acción tutelar debe prosperar no sólo cuando se trate de circunstancias que traigan como consecuencia la muerte misma o el menoscabo en alguna función orgánica vital, sino ante situaciones menos graves que pueden llegar a comprometer en determinado momento la calidad de vida de la persona o la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es decir en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.¹⁹

Así las cosas, la protección del derecho a la salud cubija tanto los aspectos físicos, como psicológicos, lo que quiere decir que el tratamiento que se debe proporcionar a una persona no se reduce solamente a obtener la curación, sino que el paciente tiene derecho a recibir

todos los cuidados médicos dirigidos a hacer más llevaderas las afecciones que padece, en forma integral.

A partir de las anteriores consideraciones, resultaría indigno que a una persona con las dificultades visuales que padece la demandante (miopía degenerativa), se le hiciera nugatoria la protección constitucional reclamada, máxime cuando un Estado que ha prolijado la fórmula social, como es el caso nuestro, plantea como ideario la garantía material de los derechos fundamentales²⁰. Lo anterior, muestra sin asomo de duda, que en el asunto objeto de estudio la cirugía refractiva no es un procedimiento estético, sino correctivo y restablecedor de la dignidad humana de la señora Dora Lilia Realpe Bolaños, quien por la limitación visual severa que padece, igualmente ve comprometida su dignidad humana, pues se trata de una carencia visual muy alta que no le permite la autorrealización como ser humano. Con todo, para la Sala el primer requisito se encuentra cumplido.

De cara al segundo presupuesto, si bien puede considerarse que el uso de anteojos o lentes de contacto pueden ser la alternativa para sustituir la cirugía refractiva, esta consideración resulta ser insuficiente, en tanto se trata de una paciente con una patología degenerativa o progresiva que de no corregirse puede generar consecuencias serias, razón suficiente para concluir que la posibilidad de sustituir la intervención ordenada se constituye apenas en un paliativo que no tiene el mismo nivel de efectividad del procedimiento dispuesto por el médico tratante. Adicionalmente, no existe referencia alguna del galeno oftalmólogo tratante, acerca de una alternativa sustituta que pueda reemplazar la cirugía dispuesta, circunstancia adicional para que el segundo requisito de procedibilidad se encuentre satisfecho.

De otra parte, la peticionaria manifiesta que no cuenta “con los recursos económicos que le permitan sufragar los costos del procedimiento ya que como lo dije antes mi empleo es de medio tiempo y como impulsadora y se me paga medio salario mínimo con lo que tengo que subsistir, además debo atender mi hogar compuesto por un hijo.”

Sobre este tópico, la Sala sigue los lineamientos señalados en la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que el papel desempeñado por el juez en la valoración probatoria es de una alta importancia con el fin de determinar la incapacidad económica de quien pide la protección tutelar. Al respecto, debe anotarse que en muchos de los casos

resulta de particular complejidad determinar la capacidad económica para efectuar el pago²¹.

No obstante, el asunto sub examine no reviste mayor complejidad al momento de determinar si la peticionaria cuenta con la capacidad económica para cubrir el valor del procedimiento ordenado, pues de las pruebas que reposan en el expediente se puede concluir que trabaja como impulsadora de la empresa Fabripunto, devengando una asignación básica mensual de \$ 216.850 “más transporte”²², aspecto que no fue rebatido por la entidad accionada, quien tan sólo se limitó a indicar en su escrito de contestación de la acción de tutela que la peticionaria “no ha demostrado su falta de capacidad económica... pues no basta con afirmarlo, debe ser probado dentro de la acción que adelanta”.

Así las cosas y en armonía con la jurisprudencia de la Corte, es suficiente con que el solicitante aduzca en la demanda que no cuenta con la capacidad económica para sufragar el costo de la medicina o del procedimiento excluido del plan obligatorio de salud, correspondiéndole a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, pues la sola afirmación indefinida, que no requiere prueba en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil²³, es suficiente para que se tenga por acreditada dicha incapacidad, cuestión que en la presente oportunidad efectivamente se configura²⁴.

En relación con el último requisito, es decir, que el médico tratante que haya dispuesto el medicamento o tratamiento se encuentre adscrito a la E.P.S. demandada, la Sala a partir de la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991²⁵, y en tanto la entidad demandada no presentó objeciones sobre la relación o el vínculo entre la E.P.S. y el médico que ordenó la cirugía refractiva, considera cumplida la condición exigida por la jurisprudencia constitucional.

En relación con la solicitud efectuada por la peticionaria en el sentido de que se reconozca por esta vía el pago de “transporte para consultas en otras ciudades hasta mi recuperación total”, considera la Sala que dada la deficiencia de material probatorio respecto de la pretensión realizada, pues no se indica cuáles son los desplazamientos que eventualmente debe realizar la peticionaria para que sea atendida, ni que su familia carezca de recursos para realizar dicho traslado, no accederá a lo solicitado respecto del cubrimiento del servicio de transporte pedido²⁶.

Finalmente y atendiendo que se trata de un procedimiento excluido del plan obligatorio de salud -POS-, la Corte advierte al Seguro Social E.P.S., que podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, únicamente por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

A partir de las consideraciones expuestas, concluye la Sala que los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, para inaplicar las disposiciones reglamentarias que se refieren a las exclusiones de medicamentos, procedimientos o tratamientos del plan obligatorio de salud, se encuentran cumplidos, razón suficiente para que la Sala Primera de Revisión revoque la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil, Familia, Laboral, el 27 de junio de 2007, que a su vez confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán, el 17 de mayo de 2007, que negó la tutela de los derechos fundamentales invocados y, en su lugar, concederá la tutela del derecho fundamental a la salud y a la vida digna, ordenando al Seguro Social E.P.S., que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y practique a la señora Dora Lilia Realpe Bolaños, la cirugía refractiva dispuesta por el médico tratante, con el fin de controlar la miopía degenerativa que padece desde los 7 años de edad²⁷.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil, Familia, Laboral, el 27 de junio de 2007, que a su vez confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán, el 17 de mayo de 2007, que negó la tutela de los derechos fundamentales invocados y, en su lugar, CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la salud y a la vida digna.

Segundo.- ORDENAR al Seguro Social, Seccional Cauca, que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y practique a la señora Dora Lilia Realpe Bolaños, la cirugía refractiva dispuesta por el médico

tratante, con el fin de controlar la miopía degenerativa que padece.

Tercero.- ADVERTIR al Seguro Social E.P.S., que podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, únicamente por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Consideró el juez de primera instancia que “la cirugía refractiva es el término que define los procedimientos quirúrgicos para corregir los defectos de refracción (miopía, astigmatismo e hipermetropía), es decir permite que los pacientes que utilizan en forma permanente anteojos o lentes de contacto, dejen de hacerlo inmediatamente y aunque si bien no puede decirse que la cirugía sea estrictamente estética, no es tampoco de tal entidad que impida el efectivo goce de los derechos fundamentales invocados, teniendo en cuenta, como se dijo, que existen otras alternativas, de suyo bastante frecuentes y útiles para corregir por otros medios la incorrección de la refracción visual y así evitar las incomodidades o molestias a

que alude la accionante en su escrito.” (folio 40 del cuaderno de primera instancia).

2 Cfr. T-618 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

3 Corte Constitucional. Sentencia T-096 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

4 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 (Cfr. 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).

5 Corte Constitucional. Sentencia T-489 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 T-694 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

7 T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. En el mismo sentido, la sentencia T-270 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería, dispuso: 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.”

8 Esta Corporación, en virtud de la supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas (Cfr. T-114 de 1997, T-640 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, T-784 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

9 Decreto 1938 de 1994, Art. 3°, literal b.

10 Cfr. T-102 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

11 Cfr. T-114 de 1997, T-640 de 1997 y T-784 de 1998.

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

13 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 (Cfr. T-417 de 2007, M. P. Alvaro Tafur Galvis).

14 Es indispensable que la persona que solicita la práctica de un tratamiento médico o el suministro de un medicamento que no se encuentra dentro de la cobertura del POS-S, realmente no pueda sufragar su costo y que además no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción en el sentido de que cuando el afectado es una persona que está inscrita en el régimen subsidiado de salud y fue clasificada por la encuesta SISBEN, ella carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los tratamientos, procedimientos, cirugías o medicamentos que le hayan sido prescritos por el médico tratante de la ARS a la que se encuentre afiliado. No obstante tal consideración, la presunción así descrita puede ser desvirtuada, siempre que se demuestre que el usuario del sistema cuenta con la capacidad económica para sufragar el servicio médico que solicita (T-417 de 2007, M. P. Alvaro Tafur Galvis).

15 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. Alvaro Tafur Galvis)

16 Esta patología es un defecto de refracción caracterizado por una mala visión de lejos y

una aceptable visión a corta distancia. Esto se debe a que la imagen se proyecta por delante de la retina al ser el ojo de mayor tamaño que el normal. Presenta las siguientes peculiaridades: (i) comporta grandes cambios degenerativos y generalmente supera las -6 dioptrías; (ii) su evolución es más rápida y prolongada; (iii) aparecen complicaciones con mucha frecuencia, y (iv) no se compensa totalmente con corrección óptica, sino que debido a su agresividad necesita controles oftalmológicos periódicos para prevenir, detectar y corregir precozmente posibles complicaciones (En: www.oftalmocom.com/Temas/Refraccion/Miopia.htm).

17 Las tipologías de miopía son las siguientes: Las miopías bajas, de hasta unas 6 dioptrías aproximadamente, apenas se diferencian de los ojos normales en cuanto al riesgo de sufrir complicaciones. Las miopías de tipo medio, entre 6 y 12 dioptrías aproximadamente, requieren ya una vigilancia periódica de la retina, pues el riesgo de padecer desprendimientos de la retina y otras complicaciones propias de la miopía, es claramente mas elevado que en la población general. (En: www.oftalmored.com).

18 Folio 9 del cuaderno de primera instancia.

19 T-926 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz. “[E]l concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas. // En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (art. 93 C.P.). // La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es ‘un fin en sí misma’. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico. // Ese concepto se traduce en la idea, prohijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la

Constitución califica de fundamentales -intrínsecos a la persona- si a un individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano. Es decir, cuando, como en los casos materia de examen, personas menores deben afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico en condiciones de desamparo”.

20 La Constitución establece que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana. Una de las manifestaciones de este principio implica entender que el derecho a la salud incluye la atención integral, es decir, que los tratamientos médicos que se deben suministrar al paciente no se reducen sólo a la atención dirigida a proporcionar la curación sino que la persona tiene derecho a recibir la atención encaminada a lograr, también, el equilibrio emocional y psicológico que su padecimiento requiera (Cfr. T-494 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

21 Cfr. T-666 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

22 Según información obtenida telefónicamente en la Clínica Reinoso, el valor aproximado de la intervención quirúrgica asciende a \$ 2'800.000.

23 La norma en cita dispone: “ART. 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba” (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

24 Sentencia T-683 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras, ver T-906 de 2002 M.P Clara Inés Vargas Hernández., T-447 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra., T-1019 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

25 La norma en cita dispone: “Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”

27 La peticionaria cuenta con 35 años de edad actualmente (folio 3 del cuaderno de primera instancia).