

Sentencia T-990/08

MEDICINA ALTERNATIVA-Caso en que la demandante solicita la atención médica para su hija con tratamientos alternativos

En el caso sub judice, la orden médica que sirve de sustento para la solicitud de amparo no proviene de un médico vinculado a la EPS de la peticionaria, sino de un médico particular que la atendió en consulta privada, costeadas por sus propios medios. Lo anterior permite a esta Sala concluir que por no cumplirse el presupuesto de la orden médica expedida por un médico adscrito a la institución demandada, requisito decantado en la parte considerativa de esta sentencia, no puede prosperar el amparo de tutela, tal como lo consideró el juez único de instancia. Adicionalmente, frente a la cuestión planteada por la accionante en el escrito de tutela relativo a que la medicina alternativa se encuentra dentro del POS, la Sala advierte que la interpretación dada por la peticionaria no puede prosperar ya que el artículo 5º de la Resolución 5261 de 1994 dispone de manera facultativa que las “ (...) entidades Promotoras de Salud podrán permitir la utilización de medicinas alternativas siempre y cuando estas se encuentren autorizadas para su ejercicio y cuando medie previa solicitud del paciente.” De la lectura de la norma, se desprenden tres presupuestos; (i) el correspondiente a la potestad que tienen las entidades de permitir la utilización de estos tipos de medicina; (ii) que dichos procedimientos alternativos se encuentren autorizados para su ejercicio; y (iii) que medie previa solicitud de la paciente.

Referencia: expediente T-1943991

Acción de tutela interpuesta por Martha Lucia Serna en representación de su hija Diana Carolina Lamprea contra la EPS del Instituto del Seguro Social (hoy Nueva EPS).

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre 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

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santiago de Cali, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Martha Lucia Serna en representación de su hija Diana Carolina Lamprea contra la EPS del Instituto del Seguro Social (hoy Nueva EPS).

I. ANTECEDENTES.

La accionante, interpuso acción de tutela contra la EPS referenciada, por considerar que dicha entidad vulnera los derechos fundamentales de su hija a la salud, a la vida y a la seguridad social, al no permitirle acceder a unos procedimientos de medicina alternativa recetados por un medico no adscrito a la institución.

Para fundamentar su solicitud, narró los siguientes:

1. Hechos.

1. Comenta que su hija es menor de edad y que el 15 de febrero de 2008 se encontraba afiliada a la EPS del SEGURO SOCIAL en calidad de beneficiaria, cumpliendo de esta manera el requisito para ser atendida por las patologías que padece.

2. Afirma que su hija ha venido padeciendo de tiempo atrás "PARALISIS CEREBRAL", la cual le ha limitado sus funciones normales.

3. Sostiene que "el Dr Fernando Villegas", emitió una orden en donde tenía que proceder a realizar "MEDICINA BIOLOGICA, TERAPIA LASER, TERAPIA NEURAL Y HOMESINIATRIA EN AUTOSANGUIS Y SUEROTERAPIA", para poder mejorar la salud de su hija que no puede valerse por si misma.

4. Posteriormente procedió a enlistar que su hija padece de:

- Desconexión con el medio externo
- No obediencia de ordenes
- Insomnio hasta por 4 noches seguidas
- Trastornos de la memoria
- Llanto inmotivado
- Desorientación temporal, personal y espacial

- Depresión

- Aislamiento

5. Considera que la enfermedad de su hija está catalogada como catastrófica de alto costo y que no posee los recursos para sustentarla.

6. Señala que hace tiempo conoció al referido médico Villegas especialista en medicina alternativa “el cual la valoró y comenzó a realizarle tratamientos alternativos que hoy en día la tienen en buenas condiciones de salud”.

Agrega que según el medico Villegas “la única posibilidad para poder encontrar la rehabilitación total de su enfermedad es continuar con los tratamientos de medicina alternativa”

7. Explica que la Resolución 5261 de 1994 en el artículo 5º contempla:

“ARTICULO 5o. CONSULTA MEDICA GENERAL O PARAMEDICA. Es aquella realizada por un médico general o por personal paramédico y se considera como la puerta de entrada obligatoria del afiliado a los diferentes niveles de complejidad definidos para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Se establece que de acuerdo a las frecuencias nacionales, un usuario consulta normalmente al médico general en promedio dos (2) veces por año; a partir de la tercera consulta se establecerá el cobro de cuotas moderadoras de acuerdo con el reglamento respectivo, salvo cuando se trate de casos de urgencia o para inscritos en programas con guías de atención integral. Las Entidades Promotoras de Salud podrán permitir la utilización de medicinas alternativas siempre y cuando estas se encuentren autorizadas para su ejercicio y cuando medie previa solicitud del paciente.”

8. Afirma que la EPS del Seguro Social siempre le ha tratado la patología a su hija, pero que los tratamientos no han tenido efecto alguno.

9. Considera que la EPS se ha negado a dar la cobertura correspondiente al tratamiento de medicina alternativa, ya que se trata de una enfermedad catastrófica de alto costo aduciendo que tiene limitaciones de cobertura.

Por lo tanto, pregunta que si la Resolución 5261 autoriza el uso de la medicina alternativa, ¿por qué razón la EPS se niega a suministrarla si se encuentra dentro del POS?

10. Expone que el médico alternativo referenciado “ha llegado a la conclusión científica de que la menor requiere ser manejada de forma permanente y continúa con medicamentos especializados, terapias alternativas especializadas. Por cuanto según él manifiesta esta es la única opción de vida digna que tiene a fin de poder lograr un desarrollo que le permita lograr una determinada independencia y de terminar de una vez por todas con sus crisis compulsivas severas”.

“(…) con los tratamientos de medicina alternativa la menor podrá recuperar de manera normal su salud, evitar riesgos que pongan en peligro su vida y su integridad física, restablecer sus actividades normales como cualquier ser humano.”

Por todo lo expuesto, solicita que se ordene el cubrimiento total e integral de las enfermedades que aquejan a la niña así no se encuentren cubiertas por el POS y que específicamente se disponga ordenar al Seguro Social la realización de “MEDICINA BIOLOGICA, TERAPIA LASER, TERAPIA NEURAL Y HOMESINIATRIA EN AUTOSANGUIS Y

SUEROTERAPIA, COMO TAMBIEN EXAMENES, TERAPIAS Y TODO LO QUE SE LLEGUE A NECESITAR PARA LA RECUPERACIÓN DURANTE TIEMPO INDEFINIDO”.

2. Trámite procesal.

El 25 de de marzo del presente año, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santiago de Cali, ordenó correr traslado de la acción de tutela al Instituto del Seguro Social, entidad que vencido el término para tal efecto, no hizo pronunciamiento alguno acerca de la acción de tutela presentada en su contra.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Sentencia única de instancia.

El 7 de abril de 2008, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santiago de Cali, denegó el amparo solicitado. Para el Juez único de instancia, después de analizar los requisitos relacionados con la procedencia de la acción de tutela y jurisprudencia de esta corporación ateniendo al derecho a la salud y los requisitos para la autorización de procedimientos no POS, manifestó:

“Aplicados estos presupuestos al caso que convoca nuestra atención, se advierte que por lo menos salta a la vista dos de dichos requisitos no se cumplen: El procedimiento solicitado fue prescrito por un profesional particular no adscrito a la entidad accionada y la actora tampoco probó su incapacidad económica; análisis al cual le agregamos que tampoco se advierte que este en peligro la vida de la paciente por la falta de dicho tratamiento y especialmente

porque la accionada nunca ha dejado de prestarle los servicios de salud que la accionante demanda pues de las copias de las copias de la historia de la historia clínica se puede apreciar que se le está brindando el tratamiento ordenado por los médicos especialistas”.

Posteriormente agregó: “Si bien es cierto, que aquella es una menor de edad y que por su patología indudablemente es una persona en condiciones de debilidad manifiesta, particularidades que darían lugar a pensar que por ello asistiría razón a su pedimento, en aplicación de la prevalencia de los derechos de los menores (artículo 44C.P) y el Art 13 ibídem, no es menos cierto que sin existir la adecuada comprobación de la eficiencia y seguridad de la medicina alternativa, la cual se acredita por el INVIMA, mal se podría someter a una menor a un tratamiento experimental con consecuencias hasta ahora desconocidas”.

Por ultimo, ponderando que el seguro social le estaba prestando la atención requerida, ordenó: “Reconvenir a la entidad accionada SEGURO SOCIAL EPS para que en el evento que tenga contratado programa de medicina alternativa acreditada estudie la viabilidad de remitir a la paciente DIANA CAROLINA LAMPREA”.

La sentencia no fue impugnada.

III. Pruebas.

Del material probatorio que obra en el expediente, la Sala destaca lo siguiente:

- Concepto y cotización del médico Fernando Villegas en el que ordena los tratamientos solicitados por la accionante (folios 5, 6 y7).

- Escrito por medio del cual la señora Serna solicita a la EPS accionada el suministro de los servicios médicos alternativos (folio 9).
- Fotocopia de respuesta de la entidad a la solicitud (folio 8).
- Fotocopias de los documentos de identificación de la señora Serna y su hija (folios 10 y 11).
- Historia clínica de la joven Diana Carolina Lamprea Serna (folios 12 a 35).
- Registro civil de nacimiento de la joven Diana Carolina Lamprea Serna (folio 42).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia 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. Legitimación por activa.

La presente acción fue ejercida por la señora Martha Lucia Serna, en representación de su hija Diana Carolina Lamprea Serna.

Al respecto ha sostenido la Corte:

“A la luz de lo señalado en el artículo 86 de la Constitución Política, y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede promover acción de tutela, cuando encuentre

que sus derechos constitucionales fundamentales resultan vulnerados o amenazados, por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos definidos por la ley, para lo cual el ordenamiento jurídico prevé cuatro posibilidades para proceder a su ejercicio: (i) en forma directa, (ii) por medio de un representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y los interdictos), (iii) a través de un apoderado judicial o (iv) por intermedio de un agente oficioso". (Subrayado fuera del texto original).

En el caso objeto de revisión, la señora Serna manifestó actuar en representación de su hija Diana y está probado que ésta al momento de la interposición de la acción de tutela era menor de 18 años (nacida el 16 de marzo de 1990) [1]. Además, tiene un diagnóstico de "parálisis cerebral" lo que efectivamente la imposibilita para ejercer su propia defensa, motivo por el cual en el presente caso la agencia oficiosa resulta procedente.

3. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los antecedentes planteados, procede esta Sala de Revisión, a determinar si se vulneran o no, los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de Diana Carolina Lamprea Serna, por no recibir el servicio de medicina alternativa por parte del Instituto del Seguro Social (hoy Nueva EPS), para la práctica de medicina biológica, terapia láser, terapia neural y homesiniatria en autosanguis y sueroterapia", para el tratamiento de la enfermedad denominada, "parálisis cerebral".

Para dar respuesta a este problema, la Sala estudiará la jurisprudencia de esta Corporación relacionada con: (i) el derecho a la salud como derecho fundamental y su protección constitucional; (ii) la necesidad de determinación del servicio médico por un médico adscrito a la entidad accionada y por último; (iii) la solución del caso concreto.

4. El derecho a la salud como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

Inicialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional se caracterizó por diferenciar los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela y los derechos de contenido meramente prestacional. En relación con el derecho a la salud, se consideró que para ser amparado por vía de tutela, debían tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal y la dignidad humana. Igualmente se protegía como derecho fundamental autónomo tratándose de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la constitución, y se protegía el ámbito básico cuando el tutelante era un sujeto de especial protección.

A partir de la sentencia T-858 de 2003, la Corte consideró que el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud. En tal medida consideró que siempre que se requiera el acceso a un servicio de salud, contemplado en los planes obligatorios, procede concederlo por tutela.

En efecto, las EPS tienen el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS, entendido éste como el “conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS”. [2] (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior está fundamentado en el artículo 8 del Decreto 806 de 1998, que contempla que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de

seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”. (Subrayado fuera del texto original).

Con posterioridad, la Corte le ha reconocido a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo. Sin embargo también ha reconocido que la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables, pues dado que los derechos no son absolutos pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia y por cuanto la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por una acción de tutela son cuestiones diferentes y separables[3].

En efecto, en la Sentencia T-016 de 2007, la Sala Séptima de Revisión de esta Corporación, desarrolló el criterio jurisprudencial sostenido por esta Corte, sobre el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, así como que dicha fundamentalidad tampoco debe derivar de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la realidad.

Al respecto se señaló:

“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 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)”. Subrayado fuera del texto original.

Acertadamente, la jurisprudencia de la Corte, para establecer la fundamentalidad del derecho a la salud, se ha apoyado de instrumentos internacionales de distinto orden,[4] por ejemplo por lo estipulado en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

“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”. ” Subrayado por fuera del texto original.

En el mismo sentido, la Constitución de 1991, contempla estos criterios cuando en el artículo 49, estipula: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

“Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control”. Subrayado por fuera del texto original.

Enfatizando la protección constitucional del derecho a la salud como derecho fundamental, la Sentencia T-200 de 2007, menciona las dimensiones de amparo de este derecho, para lo cual estableció:

“...En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio[5]. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.

“(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela[6]. No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los

pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos...”. Negrillas fuera del texto original.

En efecto, la Corte ha considerado que en materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela, una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado. Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección.[7]

A pesar de la razonabilidad, que persigue fines constitucionalmente valiosos, en la determinación de un plan obligatorio en el que se encuentran los procedimientos a cargo del sistema, tales dispositivos legales generan controversias en términos de derechos fundamentales para eventos precisos. En efecto, la armonía entre las normas que regulan el plan obligatorio y los preceptos constitucionales se ve comprometida en los casos en que el usuario del servicio de salud requiere de un procedimiento o medicamento necesario para la conservación de su vida en condiciones dignas o su integridad física que, no obstante, se encuentra excluido del POS.

Ante la existencia de esa posibilidad fáctica, la Corte ha definido subreglas jurisprudenciales precisas sobre los requisitos que deben cumplirse para que el juez constitucional, ante la situación específica, proceda a inaplicar las normas que definen el contenido del plan obligatorio y, en su lugar, ordene el suministro de la o las prestaciones excluidas. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la acción de tutela es procedente para lograr una orden de protección de esta naturaleza cuando concurren las siguientes condiciones:

“i) [Que] Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna”.

ii) [Que] el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido;

iii) [Que] el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y

iv) [Que] estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.”[8]

No obstante, en relación con el cumplimiento del primer requisito, la intensidad de su comprobación debe modularse para el caso en que los afectados sean sujetos de especial

protección. Ello debido a la protección especial que la constitución les brinda y al carácter fundamental que tiene el derecho a la salud. Desde esta perspectiva, el requisito en comento resultará acreditado cuando la ausencia de la prestación médico asistencial involucre una afectación del bienestar físico, mental o social de las personas que por mandato constitucional cuentan con una protección especial.

5. Las prestaciones o servicios médicos excluidos del POS deben ser ordenados por un médico adscrito a la entidad accionada, salvo que se vulnere el derecho al diagnóstico. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación ha reiterado que la acción de tutela prosperará contra una entidad prestadora de salud, si el servicio médico que se solicita fue ordenado por un médico adscrito a la EPS o IPS que se demanda. En consecuencia, no es válida para efectos de obligar a una entidad, la orden médica expedida por un médico particular no vinculado a la misma, dado que si el accionante decide acudir a un médico diferente a los que están adscritos a la institución en la que se encuentra afiliado, como consecuencia de ello en principio la accionada está legitimada para denegar el servicio solicitado.

Respecto al requisito del médico tratante adscrito a la entidad demandada la Corte en Sentencia T-378 de 2000, consideró:

“(…) La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no

cumpliera tal determinación médica”.

En el mismo sentido la Sentencia T-488/06, al estudiar un caso donde el tratamiento no fue ordenado por el médico tratante del actor, la Corte expresó:

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

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

Posteriormente, esta Sala de Revisión en la Sentencia T-763/07, estudió la solicitud de un stent carotídeo para el tratamiento de una patología cardiaca, encontrando que la orden estaba dada por un médico no adscrito a la entidad accionada, denegó el amparo diciendo:

“(…) la orden médica que sirve de sustento para la solicitud de amparo no proviene de un médico vinculado a la EPS del peticionario, sino de un médico particular que lo atendió en consulta privada, costeada por sus propios medios. Lo anterior permite a esta Sala concluir

que por no cumplirse el presupuesto de la orden médica expedida por un médico adscrito a la entidad accionada, requisito decantado en la parte considerativa de esta sentencia, no puede prosperar el amparo de tutela, tal como lo consideró el juez de segunda instancia”.

Así, para que prospere el amparo de tutela en materia de salud, es necesario que se cumplan todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación en materia de salud mencionados en esta sentencia, entre ellos que quien ordena o prescribe el servicio médico este adscrito o pertenezca a la EPS que se demanda. Por tanto, no se puede obligar a las entidades prestadoras de salud a asumir un tratamiento que ha sido prescrito por un médico particular no adscrito a la misma.[9] De esta manera el juez de tutela no puede ordenar a las entidades la realización de un servicio médico o la autorización de un medicamento recetado por un médico particular, salvo que se demuestre que ha existido una violación del derecho al diagnóstico y que la persona tuvo que acudir a un médico externo para obtener la orden respectiva. [10]

En concordancia con lo dicho teniendo los exámenes de diagnóstico una íntima relación con el derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas, es evidente que su no práctica puede deteriorar el estado de salud de una persona e incluso ocasionar la muerte cuando no se realizan oportunamente. De lo anterior se desprende la importancia del derecho al diagnóstico, pues la práctica de exámenes de esta naturaleza permite a los médicos marcar los derroteros a seguir para combatir una enfermedad, aplicando el tratamiento acorde con las condiciones del paciente y su padecimiento.

En síntesis, las EPS no están obligadas a suministrar un servicio médico que no fue recetado por uno de los médicos adscritos a las mismas, salvo que se desconozca el derecho al diagnóstico anteponiendo razones de índole administrativa para omitir o hacer nugatoria su práctica, toda vez que si se determina a tiempo la enfermedad que padece una persona y las causas que la originan se puede llegar a mejorar el estado de salud de un individuo, circunstancias que se verificaran en cada caso concreto.

6. Caso concreto.

6.1. Conforme a los antecedentes y consideraciones planteadas, procede esta Sala de Revisión, a determinar si se vulneran o no, los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de Diana Carolina Lamprea Serna, por no recibir el servicio de medicina alternativa por parte del Instituto del Seguro Social (hoy Nueva EPS), para la practica de “medicina biológica, terapia láser, terapia neural y homesiniatria en autosanguis y sueroterapia”, para el tratamiento de la enfermedad denominada, “parálisis cerebral”.

La accionante considera que los distintos procedimientos que la EPS accionada ha realizado para conjurar la parálisis cerebral de su hija han fracasado, por lo tanto acudió a un medico que a través de medicina alternativa ha logrado que su enfermedad prospere en buenas condiciones y que según el criterio del mismo, la única posibilidad para poder encontrar la rehabilitación total de su enfermedad es la de continuar con los procedimientos de medicina alternativa. Argumenta que la Resolución 5261 de 1994 en el artículo 5º contempla que las medicinas alternativas se encuentran dentro del POS, por ello solicita que se ordene el cubrimiento total e integral de las enfermedades que aquejan a su hija.

La entidad accionada, no hizo pronunciamiento alguno acerca de la acción de tutela presentada en su contra.

El Juez único de instancia denegó el amparo solicitado, en la medida que el procedimiento solicitado fue prescrito por un profesional particular no adscrito a la entidad accionada, del mismo modo expuso que la actora tampoco probó su incapacidad económica, ni probó que este en peligro la vida de la paciente por la falta de dicho tratamiento y especialmente porque la accionada nunca ha dejado de prestarle los servicios de salud.

Así mismo, consideró que no existe prueba adecuada sobre la comprobación de la eficiencia y seguridad de la medicina alternativa, corriendo riesgo someter a la paciente a un tratamiento experimental con consecuencias hasta ahora desconocidas.

6.2. De entrada la Sala observa que el presupuesto exigido por la jurisprudencia de la Corte relativo a que la orden sea prescrita “por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante”, en el presente caso no se cumple ya que en el expediente reposa el dictamen[11] de un médico particular el cual no está adscrito al Instituto del Seguro Social, (hoy Nueva EPS).

Sobre la base de esta prueba, se puede expresar que en el caso sub iudice, la orden médica que sirve de sustento para la solicitud de amparo no proviene de un médico vinculado a la EPS de la peticionaria, sino de un médico particular que la atendió en consulta privada, costada por sus propios medios. Lo anterior permite a esta Sala concluir que por no cumplirse el presupuesto de la orden médica expedida por un médico adscrito a la institución demandada, requisito decantado en la parte considerativa de esta sentencia, no puede prosperar el amparo de tutela, tal como lo consideró el juez único de instancia.

Adicionalmente, frente a la cuestión planteada por la accionante en el escrito de tutela relativo a que la medicina alternativa se encuentra dentro del POS, la Sala advierte que la interpretación dada por la peticionaria no puede prosperar ya que el artículo 5º de la Resolución 5261 de 1994 dispone de manera facultativa que las “ (...) entidades Promotoras de Salud podrán permitir la utilización de medicinas alternativas siempre y cuando estas se encuentren autorizadas para su ejercicio y cuando medie previa solicitud del paciente.”

De la lectura de la norma, se desprenden tres presupuestos; (i) el correspondiente a la

potestad que tienen las entidades de permitir la utilización de estos tipos de medicina; (ii) que dichos procedimientos alternativos se encuentren autorizados para su ejercicio; y (iii) que medie previa solicitud de la paciente.

Si bien en el presente caso la accionante agotó el trámite relativo a solicitar al ISS que autorizara para su hija “medicina biológica, terapia láser, terapia neural y homesiniatria en autosanguis y sueroterapia”, para el tratamiento de la enfermedad denominada, “parálisis cerebral”[12], la entidad demandada le respondió que dichos procedimientos no podían ser otorgados, en la medida que se encontraban por fuera del POS.

De la respuesta se colige que dentro de su potestad la EPS accionada no presta los servicios de medicina alternativa, descartándose el presupuesto exigido por la Resolución 5261 de 1994.

De otra parte, el concepto del medico particular obrante en el expediente no sustenta cuales son los beneficios que se derivan de los tratamientos alternativos ofrecidos por él. De esta forma para la Sala no existe seguridad sobre los efectos secundarios que dicho tratamiento pueda tener en la salud de la paciente, del mismo modo no se conoce que eficacia o que efectividad tengan para tratar una enfermedad de orden cerebral como la de la niña Diana Carolina, respecto al costo-beneficio, es decir según el galeno en la cotización anexa a su concepto dice que el tratamiento láser y la medicina biológica tienen un precio de (\$4.500.000) cada mes, que la terapia neural y homeosiniatria en autosanguis (\$1.400.000) cada mes y que la sueroterapia por paquete integral (\$600.000)[13], sin especificar ni argumentar cuales son las bondades de dichos procedimientos.

6.3. Ahora, tampoco se vulnera el derecho al diagnóstico que podría ser la única razón para ordenar la autorización de un servicio médico ordenado por un médico no adscrito a la entidad demandada, ya que como lo indicara la accionante cuando manifestó “el SEGURO

SOCIAL EPS siempre le ha tratado su enfermedad”, lo anterior tiene sustento en el amplio acervo médico probatorio[14] que indica que la entidad ha prestado los servicios autorizados por el Estado, para diagnosticar y tratar la patología de Diana Carolina, por lo tanto dicho derecho no se desconoce teniendo como consecuencia que la subregla del médico tratante no se pueda dúctilizar para ordenar el servicio solicitado.

6.4. En armonía con lo expresado, esta Corporación tiempo atrás ya se había pronunciado sobre la procedencia de autorización de medicinas alternativas por medio de la acción de tutela, al respecto en la Sentencia T-076 de 1999 la Corte estudió la solicitud de una señora que presentaba una complicación cervical que le generaba dolores lumbares muy fuertes, de los cuales no se había podido recuperar satisfactoriamente a pesar de los tratamientos a que era sometida por parte de su EPS, por ello pedía ser remitida a un doctor especialista en medicina alternativa ubicado en la ciudad de Popayán.

En esa ocasión a pesar de que los jueces de instancia concedieron el amparo de lo solicitado, la Corte lo revocó manifestando que la inquietud de la autorización de medicina alternativa “(...) requiere necesariamente partir de reflexiones mucho más profundas que las planteadas por los jueces de instancia en su oportunidad, quienes aduciendo prevalencia constitucional del derecho a la vida y a la salud, omitieron la debida ponderación de los derechos de ambas partes en la resolución del conflicto que nos ocupa.

“En efecto, tal y como se expresó en el acápite superior, la protección efectiva del derecho a la vida y a la salud en relación con entidades como las E.P.S, se encuentra sometida a una estructura administrativa y legal, que el Legislador ha considerado idónea para el ejercicio efectivo de los requerimientos y necesidades de la población, de conformidad con las obligaciones del Estado Social del Derecho.

“El juez constitucional, entonces, no puede desconocer a priori esos criterios operativos y

jurídicos en el caso objeto de estudio, porque tales fundamentos sirven para estructurar la naturaleza de la protección y de las órdenes efectivas que se deben impartir en cada circunstancia específica. Sostener, sin fundamentar, el argumento de la prevalencia del derecho a la vida y omitir el debido análisis hermenéutico que se requiere para definir los alcances de cada una de las disposiciones jurídicas, puede poner en peligro la protección de otros derechos constitucionales y restarle efectividad a los procedimientos o sistemas que se erigen con el fin de consolidar el derecho a la vida y a la salud, que precisamente se pretenden proteger.

Posteriormente, recordó que las obligaciones que tienen los médicos son de medio y no de resultado, porque si bien se deben buscar las opciones médicamente viables para tratar de lograr la total recuperación de la salud de una persona, no se puede asegurar infaliblemente que dicha recuperación va a ser finalmente efectiva. A no ser que los organismos competentes del Estado a través de las investigaciones pertinentes acrediten e incluyan dentro del POS los procedimientos de medicina alternativa.

En la Sentencia T-076/99, frente al compromiso y la obligación que tienen los organismos del Estado para todo tipo de procedimiento que se incluye en el POS, la Corte puntualizó:

“ (...) para que un tratamiento sea incluido en el P.O.S, es necesario que su eficacia sea comprobada por las autoridades de Salud, que se reconozca internacionalmente como un tratamiento idóneo y que no se configuren las circunstancias descritas en la lista de exclusiones, de manera tal que su práctica sea debidamente acreditada, confiable y segura. Es comprensible entonces, que se requiera igualmente que los profesionales dentro del Servicio de Salud posean una idoneidad médica comprobada y se sometan a las normas de calidad y a los controles que existan para el efecto.

“(…) es importante observar que algunos tratamientos específicos, han sido excluidos del

Plan Obligatorio de Salud, como son los procedimientos, intervenciones o guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la enfermedad; los cosméticos, estéticos o suntuarios y los que no estén definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud. Entre los anteriores, se encuentran los tratamientos no reconocidos por asociaciones médicas o científicas a nivel mundial, y aquellos de carácter experimental, así como los que involucren drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad.

“Por lo tanto, si un tratamiento en esas condiciones no ha sido acreditado médicamente e incluido dentro del P.O.S., no puede ser exigido por parte de ningún paciente debido a razones obvias de seguridad, pues sin la debida aprobación se puede poner en peligro la vida de los pacientes y de muchas personas”. Subrayados por fuera del texto original.

6.5. En este orden de ideas, se concluye que los derechos fundamentales a la vida y a la salud de Diana Carolina Lamprea Serna no se encuentran en peligro ni fueron vulnerados por la EPS accionada, en la medida que el procedimiento demandado no fue ordenado por un médico adscrito a la EPS accionada. Como también que no se tiene certeza sobre la seguridad y efectividad que los procedimientos de medicina alternativa solicitados tengan en la salud de la paciente, ni la idoneidad que los organismos del Estado hayan señalado para este tipo de servicios médicos alternativos.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia única de instancia dictada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santiago de Cali que denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la peticionaria.

V. DECISION

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.- CONFIRMAR por las razones y en los términos de esta sentencia, el fallo proferido el 7 de abril de 2008 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santiago de Cali, que denegó el amparo solicitado por Martha Lucia Serna en representación de su hija Diana Carolina Lamprea.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Ausente en comisión

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] La Corte ha explicado que si se trata de agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de “manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños. En consecuencia, tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.” (Auto N° 006 de 1996).

[2] Artículos 162 y 177 Ley 100 de 1993, artículo 7 Decreto 806 de 1998.

[3] Ver sentencia T-016 de 2007.

[4] Entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de

derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

[5] Sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

[6] Sentencia T-557 de 2006.

[7] Ver sentencia T-016 de 2007

[8] Los anteriores criterios se pueden ver plasmados en las Sentencias T-648/07, T-1007/07, T-139/08, T-144/08, T-517/08, T-818/08, entre otras.

[9] Para ampliar el tema de la subregla estudiada ver sentencias: SU-480/97, T-665/97, T-378/00, T-749/01, T-262/02, T-900/02, T-1125/02, T-434/04, T-002/05, T-038/05, T-469/06 y T-028/07 entre otras.

[10] Sentencias T-304/05, T-835/05 y T-1041/05, entre otras.

[11] Folios 5, 6 y 7.

[12] Folio 9.

[13] Folio 7.

[14] Folios 12 a 35.