

Sentencia T-999/08

DERECHO A LA SALUD COMO GARANTIA IUS FUNDAMENTAL

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación

DERECHO A LA SALUD-Evolución de la jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA SALUD-Instrumentos internacionales que lo reconocen

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

La Corte Constitucional ha acentuado en jurisprudencia reciente que la salud es un derecho constitucional fundamental y le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho cuyo contenido ha sido paulatinamente precisado por la jurisprudencia constitucional.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL-Casos en que conforme a la jurisprudencia constitucional procede su amparo por vía de tutela

En esa misma línea argumentativa, la protección del derecho constitucional fundamental a la salud está prima facie en cabeza del Legislador y de la Administración mediante la adopción de políticas así como de un conjunto de medidas, actuaciones o actividades orientadas a garantizar la debida y efectiva protección de este derecho. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el amparo por vía de tutela del derecho constitucional fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL-La Sala se aparta de la línea jurisprudencial según la cual el derecho a la salud no es derecho fundamental sino bajo ciertas circunstancias

Esclarecida esta cuestión inicial sobre la cual se apoyan las consideraciones restantes, esta Sala se aparta de la línea jurisprudencial según la cual el derecho a la salud no es derecho fundamental sino bajo ciertas circunstancias en las que, bien sea por motivo del sujeto de quien se predica - niños y niñas, adultos mayores - o en virtud de la conexidad con otro derecho o con la dignidad humana, el derecho a la salud se torna fundamental..De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentabilidad 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 una 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).

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA CON ENFERMEDAD CATASTROFICA- Reposición de prótesis prescrita por el médico tratante/DERECHO A LA SALUD-Suministro de prótesis para evitar que la demandante se vea amputada del pabellón auricular izquierdo

En el caso concreto existe, pues, una orden expresa del médico tratante en la que se explican de manera detallada los motivos por los cuales resulta indispensable reponer la prótesis cada vez que la misma se deteriora - lo que según el cálculo efectuado por el médico tratante puede ocurrir cada seis meses o cada año -. Considera la Sala que se trata de una exigencia descrita de manera clara y precisa por el médico tratante. Como lo señaló el galeno, la prótesis en el caso de la demandante el objetivo principal cual es evitar que la actora se vea amputada del pabellón auricular izquierdo, lo que incide de modo directo y contundente en el restablecimiento completo de su salud. En el presente asunto se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suntuario ni cosmético. Salta a la vista la urgencia y la necesidad de extraer el queloide. Esa urgencia y esa necesidad no requieren mayor justificación. No se trata de un procedimiento cosmético o superfluo pues - como lo afirma el médico cirujano - obedece a un mal proceso de cicatrización de la niña que le ha originado una protuberancia que con el paso del tiempo cobra cada vez mayor tamaño y afecta no solo su apariencia estética sino su salud física. El médico tratante no recomendó la cirugía para que la menor luciera más bella sino para que recuperara su apariencia normal.

CAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA QUE REQUIERE PROTESIS

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente fue factible comprobar asimismo que la peticionaria carece de la capacidad de pago para asumir el costo de las prótesis por lo cual al abstenerse el a quo de ordenar a la entidad demandada que suministre la prótesis cada vez que - de conformidad con la prescripción y condiciones médicas - lo requiera, disminuyó la protección del derecho constitucional fundamental a la salud de la peticionaria. Por esa razón la Sala confirmará parcialmente el fallo del a quo teniendo en cuenta los motivos expuestos en la presente providencia. Ordenará a la E. P. S. que autorice la provisión de la prótesis prescrita a la demandante, por su médico tratante, cada vez que lo requiera de conformidad con las condiciones y especificaciones médicas y atendiendo las características concretas de su situación.

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER CAMBIO DE PROTESIS-Requisitos

En el asunto sub examine se cumplen a cabalidad los requisitos jurisprudenciales mencionados con antelación. Nos encontramos, por consiguiente, ante un caso en el que la E. P. S. está obligada a prestar el servicio de salud en los términos prescritos por el médico tratante y, en consecuencia, la E. P. S. debe autorizar el suministro de la prótesis ordenada cada vez que la peticionaria la requiera según las prescripciones médicas y dada su situación particular.

RECOBRO AL FOSYGA-Aplicación del artículo 14 literal J de la Ley 1122 de 2007

Con el fin de preservar el equilibrio financiero, debe recordarse en este lugar que la E. P. S. tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA. Ha de advertirse, sin embargo, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 literal j de la Ley 1122 de 2007, si la E. P. S. se opone al suministro de la prótesis – el cual en el caso bajo examen no debe someterse a concepto de Comité Técnico Científico por cuanto, como consta en el concepto emitido por el médico tratante, no existe duda alguna sobre su necesidad – y obliga a la peticionaria a acudir a la tutela, debe cubrir por partes iguales con el FOSYGA los costos.

Acción de tutela instaurada por Ana Teresa Chacón Gómez contra COLMÉDICA E. P. S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la magistrada Clara Inés Vargas Hernández y los magistrados, Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES.

La ciudadana Ana Teresa Chacón Gómez instauró acción de tutela contra la E. P. S. COLMÉDICA con fundamento en los siguientes:

Hechos.

1. Relata la actora que se encuentra afiliada como cotizante a COLMÉDICA E. P. S. desde noviembre de 1999. (Expediente a folio 1).
- 2.- Manifiesta que padece CARCINOMA ESCAMOCELULAR INFILTRANTE DE PABELLÓN AURICULAR IZQUIERDO. (Expediente a folio 1).
- 3.- Expone que en el año 2005 le practicaron una cirugía denominada ARICULECTOMÍA

IZQUIERDA MASTOIDECTOMÍA SIMPLE Y CANOPLASTIA. (Expediente a folio 1).

4.- Aduce que su médico tratante, Vicente Rodríguez, le ordenó en el año 2006 el IMPLANTE DE PRÓTESIS AUDITIVA OSTEOINTEGRADA BAHÁ Y PRÓTESIS AURICULAR OSTEOINTEGRADA (VISTA FIX) y relata que sólo pudo lograr que le practicaran la intervención gracias a la orden emitida por el Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá. (Expediente a folio 1).

5.- Alega que no obstante haber ordenado la cirugía, el Juzgado no concedió el tratamiento integral por ella solicitado en la tutela. (Expediente a folio 1). (Expediente a folio 1).

6.- Indica que a partir de lo establecido por su médico tratante, el procedimiento efectuado requiere un seguimiento prolongado de la siguiente manera: “4) LA PACIENTE REQUIERE CONTROLES MENSUALES DE SUS PRÓTESIS Y CADA CUATRO AÑOS DEBE CAMBIARSE LA PRÓTESIS CONSERVANDO TODA LA SUPRAESTRUCTURA DE SOPOTE.” (Expediente a folio 2).

7.- Señala cómo justamente en vista de lo prolongado del tratamiento, la prótesis instalada ya no resulta funcional y, según lo determinado por el médico tratante, debe ser elaborada una nueva prótesis. (Expediente a folio 2).

8.- Esgrime que el costo de la nueva prótesis es de \$6'000.000.00 y dice que dada la precaria situación económica en la que se encuentra no puede asumir su costo. Relata que se desempeña como Asistente en la Universidad de los Andes y devenga un salario mensual de \$ 1.100.000.00 por lo que le resulta imposible asumir de manera particular los costos del “insumo que se sabe [debe] recibir para preservar [su] salud y vida digna.” (Expediente a folio 2).

9.- Agrega, por último, que la entidad demandada se negó mediante documento de negación de servicios de salud o medicamentos No 21210559 del 8 de enero de 2008 a suministrar la prótesis por considerar que no estaba incluida en el POS.

Solicitud de Tutela.

10.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Ana Teresa Chacón Gómez solicitó la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad que considera fueron vulnerados por la entidad demandada al negarse tal entidad a suministrarle la nueva prótesis prescrita por el médico tratante necesaria para el restablecimiento pleno de su derecho constitucional fundamental a la salud.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

11.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia del denuncia realizado bajo juramento por la ciudadana Ana Teresa Chacón Gómez ante la Policía Metropolitana de Bogotá, mediante la cual manifiesta que el día 26 de octubre de 2007 en la ciudad de Bogotá se le extraviaron los siguientes documentos o elementos: “Billetera café que contenía la cédula de ciudadanía, carnés (sic) de afiliación a EPS Colmédica de Juan Felipe Castañeda, María Camila Castañeda, mis hijos, y el mío, contraseña de solicitud de nueva cédula de ciudadanía, tarjeta débito de cuenta de ahorros de conavi,

copia contrato de celular Movistar 3158457542.” (Expediente a folio 10).

- Copia del carné de afiliación de Ana Teresa Gómez a la E. P. S. COLMÉDICA (Expediente a folio 11).

- Copia de la orden médica firmada por el médico tratante Vicente Rodríguez Montoya, fechada el día 21 de diciembre de 2007 mediante la cual se prescribe el procedimiento elaboración de nueva prótesis y se establece lo siguiente:

“Paciente sometida a implante BAHA y prótesis auricular ancladas al hueso, Agosto 06. Adaptación de prótesis auricular y audífono osteointegrados posteriormente, una vez lograda osteointegración. Los pacientes con prótesis auricular requieren elaboración de una prótesis auricular (back-up), pues siempre existe posibilidad de deterioro (normal por el uso) de la prótesis. Ya se está empezando a notar algún deterioro de la prótesis actual.” (Expediente a folio 12).

- Copia de la orden médica emitida el día primero de febrero de 2006 por el médico tratante en la que consta lo que se transcribe a continuación.

“Paciente con diagnóstico de carcinoma escamocelular infiltrante de pabellón auricular izquierdo, sometida a AURICULECTOMÍA izquierda mastoidectomía simple y canaloplastia, en Noviembre 10 de 2005. El proceso previo a cirugía sufrió sobreinfección de conducto auditivo externo y oído medio, sufriendo pérdida completa de membrana timpánica y cadena osicular, con la consecuente hipoacusia conductiva máxima. La paciente requiere para su rehabilitación auditiva y facial, la implantación para osteointegración de tornillos de titanio para soportar prótesis auditiva (BAHA) y prótesis de pabellón auricular osteointegradas. Procedimiento bajo anestesia general, ambulatorio, Hospital San Ignacio. Requerirá posteriormente elaboración de prótesis auricular.” (Expediente a folios 4-5).

- Copia de solicitud de servicios médicos en el que se pide la elaboración de una nueva prótesis auricular. (Expediente a folios 14-15)

- Copia de formato de negación de servicios emitida por COLMÉDICA E. P. S. el día 8 de febrero de 2008 mediante el cual se determina que el procedimiento solicitado no estaba autorizado en MAPIPOS: Acuerdo 8/94 CNSSS Art. 7º Lit. Ñ; DECRETO 806/98; ART. 10; RESOL. 5261/94 MINSALUD art. 18 TERCER LITERAL I. (Expediente a folio 16).

- Copia de la cotización BAHA-VISTAFIX emitido por el Director Comercial de TECHBIÓNICA S. A. en el que se establece que el valor de l prótesis auricular es de seis millones de pesos. (Expediente a folio 17).

- Copia de la parte resolutive comunicada por el Juzgado Treinta y Seis Civil Municipal el día 28 de junio de 2006 en la que se establece lo siguiente:

“Comunico a Usted que por PROVIDENCIA DEL VEINTIUNO DE JUNIO DE DOS MIL SEIS, que en su parte resolutive dice: PRIMERO: TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SEGURIDAD SOCIAL A LA SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA que le asisten A LA SEÑORA ANA TERESA CHACÓN GÓMEZ. SEGUNDO: ORDENAR A COLMÉDICA E. P. S. QUE EN EL IMPRORROGABLE TÉRMINO 48 HORAS EXPIDA LA AUTORIZACIONES REQUERIDAS PARA EL

SUMINISTRO DE LA PRÓTESIS AURICULAR OSTEOINTEGRADA BAHÁ Y PRÓTESIS AURICULAR OSTEOINTEGRADA (VISTA FIX). TERCERO. SEÑALAR QUE COLMÉDICA E. P. S. PUEDE REPETIR CONTRA EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL EN SALUD FOSYGA los costos que por cumplimiento de este fallo tenga que cubrir por fuera de sus obligaciones legales, dentro del término de treinta días siguientes a la fecha en que se presente la respectiva cuenta de cobro, con el lleno de los requisitos legales. CUARTO: NOTIFIQUESE por el medio más rápido esta decisión a los intervinientes en esta tutela y en caso que no sea impugnada oportunamente remítase la actuación a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISIÓN.” (Expediente a folio 18)

- Copia del comprobante de pago expedido por la Universidad de los Andes (periodo noviembre de 2007) en donde consta que la peticionaria recibe un salario neto de \$836.517.00. (Expediente a folio 20).

Respuesta de la parte demandada.

12.- En los antecedentes de la sentencia emitida por el Juzgado Setenta y Cuatro Penal Municipal de Bogotá se lee lo siguiente:

“En auto de fecha 11 de enero de 2008 se dispuso avocar el conocimiento sobre las diligencias y en consecuencia, ordenar el traslado del escrito de tutela firmado por la señora ANA TERESA CHACÓN a aquellas entidades que se entendían vinculadas. La orden en particular, estaba dirigida a la EPS COLMÉDICA. El traslado se cumplió mediante oficio calendado 14 de enero del año que corre y que se lee a folio 24 del C. O. Del oficio acusó recibo la entidad accionada según se puede constatar con el sello de recibido del 15 de enero de 2008, firmado por quien se llamó ‘Jessica’ sobre las 10.25 A. M.

No obstante el conocimiento que tuvo la entidad sobre la Acción, a la fecha de ésta sentencia, ad portas del vencimiento de los términos para decidir, no se pronunció. En consecuencia, el despacho da aplicación al contenido del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, y procede a dictar sentencia bajo la premisa del allanamiento de la Entidad al contenido de la demanda.” (Expediente a folio 18.)

Decisiones judiciales objeto de revisión.

13.- Mediante sentencia emitida el día 23 de enero de 2008 el Juzgado Setenta y Cuatro Penal Municipal de Bogotá resuelve tutelar los derechos a la seguridad social en conexión con la dignidad humana y la vida de la peticionaria. Sustentó su decisión en los siguientes motivos.

El Juzgado consideró que en el caso sub examine la reclamación efectuada por la peticionaria no estaba encaminada a “conseguir autorización y provisión de un procedimiento, actividad o medicamento del cual dependa su más inmediata [supervivencia].” Encontró el Juzgado que la actora se podía “desenvolver laboral y familiarmente dentro de los límites normales.” Incluso podía constatarse su vinculación a la Universidad de los Andes donde se desempeñaba como Asistente. Más adelante añadió, que en el trámite de tutela había oficiado al médico tratante para que fuera él mismo quien especificara “acerca de la

pertinencia, urgencia y necesidad de la petición elevada por la actora.”

Puso de presente, también, cómo mediante escrito fechado el día 6 de enero de 2008 el médico tratante había efectuado una relación pormenorizada de los motivos médicos por los cuales “se dispuso la implantación de la prótesis auricular en la señora Chacón Gómez sobre el año 2006, señalando de contera, que aquella a lo largo de éste tiempo [había] mostrado una óptima recuperación funcional del pabellón izquierdo y una muy buena aceptación y desenvolvimiento personal, familiar y social.” Manifestó adicionalmente que si bien era cierto, la vida y existencia de la peticionaria no se encontraba bajo amenaza, no lo era menos, que “en el evento de negarse el reemplazo de la actual prótesis, las consecuencias para la dignidad de la señora Chacón Gómez [podían] ser irreparables.”

Empero, el a quo se abstuvo de autorizar la provisión de la prótesis cada vez que la peticionaria lo necesitara.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

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

Planteamiento del caso concreto y presentación del problema jurídico.

2. En el caso objeto de revisión a la ciudadana, Ana Teresa Chacón Gómez, quien padece CARCINOMA ESCAMOCELULAR INFILTRANTE DE PABELLÓN AURICULAR IZQUIERDO, le fue prescrito por su médico tratante el implante de una prótesis auditiva osteointegrada BAHA y prótesis auricular osteointegrada (VISTA FIX). Ante la negativa por parte de la entidad demandada, acudió a la tutela y el Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá ordenó a Colmédica E. P. S. que efectuara los tramites necesarios para autorizar el implante.

Como lo manifestó mediante concepto el médico tratante, el procedimiento prescrito supone la necesidad de implantar nueva prótesis dado que las prótesis sufren desgaste con el paso del tiempo. Respecto de la segunda prótesis, pese a existir constancia médica expedida por su médico tratante respecto de la necesidad de la misma para garantizar la salud y la vida en condiciones de calidad y de dignidad de la actora, también tuvo la ciudadana Chacón Gómez que acudir a la tutela para que se le concediera la autorización a fin de efectuar el procedimiento para el implante de la prótesis.

La ciudadana trabaja como asistente en la Universidad de los Andes y devenga la suma de \$1.100.000.00 -\$836.000.00 netos – por lo cual carece de capacidad de pago para pagar el implante cuyo costo asciende a la suma de \$6.000.000.00, tal como aparece probado en el expediente.

El Juzgado de Instancia concedió la tutela. Argumentó que si bien era cierto en el caso sub iudice la negación del procedimiento solicitado no afectaba la salud funcional de la peticionaria, se proyectaba de manera negativa en otras facetas de su salud, como lo son, aspectos psíquicos, sociales y emocionales. Encontró que negar la provisión de la prótesis

significaba desconocer la importancia que tenía este procedimiento para que la actora pudiese llevar una vida en condiciones satisfactorias de calidad y de dignidad. Se rehusó, no obstante, a ordenar el tratamiento integral.

3.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si en el caso concreto una Empresa Promotora de Salud desconoce los derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vida en condiciones de dignidad y de calidad así como la protección especial que merecen las personas que padecen enfermedades catastróficas - como el cáncer - al negarse a autorizar la reposición de la prótesis requerida por la peticionaria y prescrita por el médico tratante, dadas las condiciones específicas de su situación y la necesidad de la prótesis para el restablecimiento de su salud.

El derecho a la salud como garantía iusfundamental

4.- Una de los signos más notables del Estado Social de Derecho (artículo 1° superior) se relaciona con el compromiso asumido por la organización estatal consistente en brindar protección a los derechos económicos, sociales y culturales. Como ha sido señalado de manera abundante en la jurisprudencia de esta Corporación, por medio de estas garantías se materializa el propósito que animó el tránsito del Estado de Derecho, anclado en una concepción puramente formal de las libertades, hacia este nuevo modelo en el cual se reconoce el trasfondo económico y social que subyace la totalidad de las relaciones presentes en el ordenamiento, del cual depende, en último término, la posibilidad real de goce de tales libertades.

5.- En tal sentido, el objetivo al cual se hace alusión con la cláusula Estado social de derecho consiste en ofrecer un acceso material al conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales, pues por motivo de la profunda escisión entre economía y derecho -la cual había sido concebida como la fórmula ideal para la realización de las libertades de las personas, se hizo evidente la necesidad de enmendar las rupturas del tejido social que habían surgido como consecuencia de la liberalización total del mercado que, a su vez, había apartado a buena parte de la población de la oportunidad de ejercer sus libertades fundamentales. El Estado Social de Derecho emerge, entonces, como el resultado de una acentuada reformulación de los instrumentos para la consecución de la libertad y, hasta cierto punto, de una nueva reflexión acerca del concepto mismo de libertad que pretende ser amparada en las democracias constitucionales.

6.- En este contexto, los derechos sociales, económicos y culturales adquieren una innegable importancia como condición, en la mayoría de los casos insustituible, para la efectiva puesta en vigencia de las libertades, motivo por el cual la realización de los supuestos que los hagan posible constituye uno de los asuntos más relevantes que deben ser atendidos no sólo por el Estado, sino por la sociedad en conjunto.

7.- El texto constitucional colombiano da fe de la enorme importancia que adquieren los derechos económicos, sociales y culturales - tales como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación, a la vivienda, al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural - . Así, por ejemplo, en relación con la salud el artículo 49 de la Constitución Nacional le asigna una doble connotación -derecho constitucional fundamental y servicio público¹-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le

corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

8.- En este orden, el artículo 49 de la Constitución Nacional dispone que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio público de salud está conectada con la realización misma del Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución³.

9.- Inicialmente, la jurisprudencia constitucional aplicó la distinción doctrinal de conformidad con la cual al ser de contenido prestacional y al formar parte de los denominados derechos de segunda generación, esto es, de los derechos sociales económicos y culturales, la salud no era un derecho constitucional fundamental y, por consiguiente, no podía ser protegido ese derecho por vía de tutela. Pronto la Corte varió su jurisprudencia y amplió los alcances del derecho a la salud.

Con apoyo en este nuevo horizonte de comprensión, admitió que en aquellos eventos en los cuales la no protección del derecho a la salud implicara, a su vez, desconocer el derecho a la vida o a la dignidad humana, entonces, el derecho a la salud podía ser amparado acudiendo, para tales efectos, a la acción de tutela. Más adelante, sostuvo la jurisprudencia constitucional que existían situaciones como aquella en la que se encuentran las niñas y los niños, cuyos derechos por orden del artículo 44 superior merecen una protección especial y en las que se hallan algunas personas por motivo de sus limitaciones físicas, psíquicas, sensoriales o económicas (artículo 13 superior) - en las que el derecho a la salud se tornaba autónomo y podía ser protegido acudiendo a la tutela. Empero, tales matizaciones dejaron en parte sin resolver el interrogante sobre el eventual carácter iusfundamental que el derecho a la salud puede revestir.

10.- Como ocurre con el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, en contra de dicho reconocimiento se suelen oponer razones de diferente índole que, en últimas, apuntan en especial al elemento prestacional que los distingue como el obstáculo más importante para su estructuración como derechos fundamentales amparables por vía de tutela. Con el propósito de analizar la validez de tales argumentos, la Sala encuentra preciso realizar un breve examen del mencionado enfoque.

11.- En primer lugar, con fundamento en la clasificación ampliamente difundida por la doctrina y por la jurisprudencia, según la cual el proceso histórico que permitió la consolidación de los derechos humanos enseña una categorización de éstos en concordancia con las demandas exigibles, se ha sostenido que el derecho a la salud no contiene una pretensión de contenido fundamental en la medida en que éste hace parte de los derechos de segunda generación, los cuales por su raigambre puramente prestacional no son objeto de protección por vía de amparo. En armonía con tal consideración, sólo aquellos derechos que en estricto sentido amparan la libertad de las personas, mediante el establecimiento de esferas de autodeterminación dentro de las cuales no es legítima la intervención del Estado ni de terceros, son considerados verdaderos derechos fundamentales.

12.- La Corporación ha encontrado dos objeciones en relación con esta formulación, las cuales se conectan entre sí: (i) en primer término, ha señalado la imprecisión de esta categorización de los derechos fundamentales en la medida en que la distinción por generaciones de dichas garantías sólo explica de manera rigurosa tales derechos como producto histórico, sin ahondar de manera suficiente en la manera en que éstos deben ser satisfechos, puesto que en ningún caso su cumplimiento depende de la observación exclusiva de un deber, bien de abstención o de prestación. En tal sentido, en sentencia T-557 de 2006 la Corte Constitucional señaló cómo resulta preciso constatar “que esta distinción no deja de ser artificial en muchos [aspectos], y desconoce pronunciamientos efectuados en el seno de la comunidad internacional en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes⁴”. (ii) En segundo lugar, sumado al elemento histórico aludido, se observa que esta idea trae consigo una insostenible simplificación del contenido de los derechos fundamentales pues su adopción supone aceptar que la totalidad de las libertades clásicas se consiguen mediante mandatos de abstención; mientras que las garantías sociales imponen en todos los casos deberes de prestación. Al contrario, al examinar con detenimiento la estructura de los derechos fundamentales se concluye que éstas son garantías de doble vía, dado que reclaman obligaciones de ambos tipos.

Así ocurre, a manera de ejemplo, en el caso de los derechos políticos, los cuales a pesar de encontrarse inscritos dentro de la categoría de los derechos de primera generación –esto es, de abstención-, reclaman la más alta participación del Estado mediante el establecimiento de la estructura organizacional y electoral que los hace posibles. A su vez, el derecho a la conservación de la identidad cultural indígena⁵ –derecho cultural de tercera generación– impone al Estado el despliegue de un conjunto de actividades y la adopción de un grupo de medidas para procurar su garantía eficaz en la práctica. Por las razones anotadas, tal diferenciación entre derechos de abstención –de primera generación– y derechos prestacionales –de segunda generación– como criterio de reconocimiento de los derechos fundamentales, no constituye un elemento válido para negar de manera terminante el carácter fundamental a los derechos sociales y de manera específica al derecho a la salud.

13.- De otra parte, como se indicó atrás, son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud⁶. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene, a su turno, una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’”

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, recordó que: “la salud es un derecho humano

fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.” (Subrayas fuera de texto)7.”

La Observación 14 del Comité enfatizó, de otro lado, la necesidad de realizar una interpretación amplia del concepto de salud contenida en el párrafo 1º, artículo 12 del Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Recomendó el Comité prestar atención al precepto contenido en el párrafo segundo del mismo artículo pues sólo de ese modo era posible reconocer que: “la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano8.” Mediante la Observación General 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó, por lo demás, que el derecho a la salud supone la existencia de cuatro elementos sin la presencia de los cuales no podría sostenerse que se está garantizando la efectividad del derecho a la salud. Estos elementos son: disponibilidad9, accesibilidad10, aceptabilidad11 y calidad12.

14.- Según lo establecido en el Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales la salud es, pues, un derecho fundamental que envuelve - como sucede también con todos los demás derechos fundamentales -, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la práctica. A ese respecto es muy clara la Observación 14 cuando admite que el Pacto “establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles.” Lo anterior no significa, sin embargo, que la salud deje de ser un derecho fundamental. Justamente en este sentido, agrega la Observación General 14, el Pacto también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato.

15.- En este punto emerge con claridad el reconocimiento de la salud como derecho fundamental, en la medida en que implica un compromiso orientado a cumplir con un conjunto de prestaciones específicas que pueden ser amparadas por vía de tutela. Dichos niveles básicos, toda vez que comprometen la dignidad del ser humano, no pueden ser concebidos como el resultado baldío de postulados programáticos carentes de significado jurídico, pues en realidad resumen una obligación impostergable que se enmarca en un ordenamiento constitucional encaminado a brindarle a la salud un lugar preponderante dentro de los valores defendidos por la Norma de Normas.

Justo en la dirección indicada con antelación, la Corte Constitucional ha acentuado en jurisprudencia reciente que la salud es un derecho constitucional fundamental13 y le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho cuyo contenido ha sido paulatinamente precisado por la jurisprudencia constitucional, como tendrá la Sala ocasión de indicar más adelante.

16.- Ahora bien, ha acentuado la Corporación asimismo que la salud no es un derecho

amparable prima facie por vía de tutela. La garantía de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también el amparo de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano.

De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho constitucional a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización - y supone, en esa medida, una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por quien ejerce la tarea de interpretación, verbigracia, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

18.- A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que o bien se trata de un sujeto que merece especial protección constitucional (niños y niñas, población carcelaria, adultos mayores, personas que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o bien se trata de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y de suficiente relevancia constitucional, que permitan concluir cómo la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser amparado en sede de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.

19.- No resulta pues razón suficiente, en caso de presentarse las situaciones descritas, que a las personas se les prive de reclamar y, de esta suerte, se les impida acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener cómo asumir su costo. De un lado, esta Corporación ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (C. N. arts 13 y 49)"¹⁴. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

20.- En este lugar resulta preciso advertir, de nuevo, que así como ocurre con la totalidad de los derechos fundamentales, el derecho a la salud se encuentra vinculado con otras garantías en virtud del nexo profundo que comparten estas libertades, el cual les comunica el norte ideológico que comparten, que no es otro distinto, a obtener la cabal realización del principio de dignidad humana. De este modo, el derecho a la salud guarda una estrecha relación con los derechos fundamentales a la integridad personal y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad, entre otros. Puestas así las cosas, es necesario resaltar que dicha relación de articulación tan sólo indica la unidad de propósito que recorre el conjunto de derechos reunidos bajo el signo de los derechos fundamentales. Lo anterior significa que la alteración de una determinada garantía -en este caso, el derecho a la salud- de manera ineluctable concluye en la afectación de otros derechos que la rodean.

21.- Por tal razón, en todos los casos se presenta una relación de conexidad con derechos de diferente orden, tal como se hace evidente al suponer una violación cualquiera de un derecho fundamental específico, en cuyo caso se observa que, sin importar la garantía particular en la cual se piense, tal infracción coincide con una vulneración del derecho a la dignidad humana -Vgr. Libertad de locomoción - dignidad humana; derecho a la educación - dignidad humana; derecho al debido proceso - dignidad humana. La anterior consideración pone de presente en el caso particular del derecho bajo estudio que el carácter fundamental del derecho a la salud no puede depender de una alegada relación de conexidad con otros derechos fundamentales pues dicha exigencia trae consigo dos proposiciones que suscitan serios reparos: (i) en primer lugar, por esta vía se niega la naturaleza iusfundamental del derecho a la salud, en la medida en que se demanda la acreditación de un vínculo con un derecho del cual sí se pueda predicar efectivamente tal carácter; (ii) en segundo término, como ha sido señalado en esta providencia, en cierta medida tal requisito es un contrasentido dado que una vulneración de un derecho fundamental -cualquiera sea éste- en todos los casos trae consigo la alteración de otras garantías, por lo que en estos eventos siempre se presenta una relación de conexidad.

22.- Esclarecida esta cuestión inicial sobre la cual se apoyan las consideraciones restantes, esta Sala se aparta de la línea jurisprudencial según la cual el derecho a la salud no es derecho fundamental sino bajo ciertas circunstancias en las que, bien sea por motivo del sujeto de quien se predica - niños y niñas, adultos mayores - o en virtud de la conexidad con otro derecho o con la dignidad humana, el derecho a la salud se torna fundamental¹⁵. De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentabilidad 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).

Caso Concreto

23.- En el asunto sub examine a la peticionaria le fue practicada una cirugía denominada ARICULECTOMÍA IZQUIERDA MASTOIDECTOMÍA SIMPLE Y CANOPLASTIA para contrarrestar un carcinoma escamocelular infiltrante de pabellón auricular izquierdo. En proceso previo a la cirugía, la actora sufrió sobreinfección del conducto auditivo externo y del oído medio. Como consecuencia de lo anterior, se produjo la pérdida completa de la membrana timpánica y de la cadena osicular y se ocasionó una hipoacusia conductiva máxima. La ciudadana Ana

Teresa Chacón Gómez tuvo que ser sometida a un procedimiento de rehabilitación auditiva y facial. En tal sentido, se le practicó tratamiento tendiente a implantar - para obtener la osteointegración - tornillos de titanio encaminados a soportar una prótesis auditiva denominada también BAHA y una prótesis de pabellón auricular osteointegradas. Estos procedimientos todos, fueron prescritos por su médico tratante, tal como consta en la orden médica que aparece a folio 13 del expediente.

24.- Una vez prescrito el procedimiento, la peticionaria acudió a la E. P. S. COLMÉDICA a fin de obtener la autorización para la práctica de la cirugía bajo anestesia general ambulatoria, como consta en la fórmula expedida por el médico tratante (Expediente a folio 13). La E. P. S. negó la práctica del procedimiento con el argumento de conformidad con el cual, dicha intervención no estaba prevista en el POS. Ante la negativa de la E. P. S., la ciudadana Chacón Gómez acudió a la tutela y el Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá le confirió el amparo. No obstante, el a quo se abstuvo de ordenar a la E. P. S. el suministro de la prótesis cada vez que ella se desgaste - lo que para el caso específico en el que se encuentra la peticionaria, significó disminuir su protección, puesto que el procedimiento ordenado por el médico tratante requiere la reposición de la prótesis en el evento en que ella se deteriore.

Así lo manifestó el médico tratante cuando fue oficiado por el Juzgado Setenta y Cuatro Penal Municipal - al que debió acudir nuevamente la peticionaria para que por vía de tutela se le autorizara la reposición de la prótesis -. El a quo interrogó al galeno sobre "el grado de urgencia respecto del reemplazo de la prótesis", así como acerca del "grado de funcionalidad y la regularidad en que ésta debía ser sustituida" tanto como respecto de la urgencia y de la necesidad del reemplazo de la prótesis. Así mismo le solicitó que rindiera informe atinente a las consecuencias médicas que se desprenderían en el evento en que se distanciara en el tiempo el reemplazo de la prótesis.

25.- Por considerarlo de especial relevancia para la resolución del caso bajo examen, estima la Sala pertinente transcribir en extenso la respuesta emitida por el médico tratante:

"1.- La señora Ana Teresa Chacón sufrió la presencia de carcinoma escamocelular de pabellón auricular, que hizo necesaria su extirpación completa en noviembre 10 de 2005 para garantizar sobreherida. Además sufrió pérdida de la membrana timpánica y la cadena de huesecillos por infección concomitante. Una vez se obtuvo seguridad de no recidiva de carcinoma se programó cirugía reconstructiva, implantes de titanio para soportar pabellón auricular protésico y otro implante de titanio para soportar ayuda auditiva (audífono) anclado al hueso, (sistema BAHA) procedimiento que se llevó a cabo con éxito el 9 de Agosto de 2006. La paciente goza de rehabilitación auditiva excelente con el sistema BAHA y tiene muy buena rehabilitación funcional y estética con pabellón auricular protésico. Las prótesis auriculares tienden a deteriorarse con el uso y requiere la elaboración de una nueva. Cada vez que se deteriore la que posea será necesario contar con una nueva por lo cual se suplirá siempre una de repuesto, mientras se elabora una nueva.

2.- El grado de funcionalidad de la prótesis se mide por ejemplo en la capacidad de soportar anteojos o en la posibilidad de presentarse en su trabajo y en su círculo social pasando desapercibida. Si no tuviera prótesis tendría que cargar con la desventaja de verse amputada de su pabellón auricular izquierdo. Esto puede acarrear problemas psicológicos y afectar la

salud y el desempeño del paciente.

La prótesis debe ser sustituida en promedio cada año, pero esto puede ser más frecuente, según la calidad de la elaboración. De todas formas la prótesis es un elemento delicado y se puede dañar fácilmente a pesar de los cuidados requeridos.

4.- En el evento de distanciarse el reemplazo de la prótesis, como se explicó en el numeral 3, la paciente puede presentar dificultades sociales, laborales, familiares, psicológicas y por tanto de salud en general.”

26.- En el caso concreto existe, pues, una orden expresa del médico tratante en la que se explican de manera detallada los motivos por los cuales resulta indispensable reponer la prótesis cada vez que la misma se deteriora - lo que según el cálculo efectuado por el médico tratante puede ocurrir cada seis meses o cada año -. Considera la Sala que se trata de una exigencia descrita de manera clara y precisa por el médico tratante. Como lo señaló el galeno, la prótesis en el caso de la ciudadana Chacón Gómez tiene un objetivo principal cual es evitar que la actora se vea amputada del pabellón auricular izquierdo, lo que incide de modo directo y contundente en el restablecimiento completo de su salud.

27.- Vale la pena destacar aquí la argumentación utilizada por el a quo mediante la cual subrayó la necesidad de partir de un concepto amplio de salud que no comprendiera únicamente aspectos funcionales sino que abarcara al mismo tiempo otros aspectos de igual importancia. Luego de citar en extenso la sentencia T-959 de 2005 y de mencionar otras sentencias emitidas por la Corte Constitucional en sede de tutela, llegó al siguiente corolario:

“La conclusión obligada del extracto anterior, no es otra que, por vía de jurisprudencia ya se ha establecido una subregla que por su misma naturaleza está a la altura de un precedente y, en consecuencia, es de obligatoria observación y cumplimiento. La regla puede ser aquella según la cual (i) respetando la necesidad de cumplir con los estándares internacionales que prescriben la obligación del Estado de garantizar la salud de sus habitantes, hasta el máximo posible; (ii) respetando el principio de funcionalidad de la prótesis y ortesis y (iii) respetando la dignidad personal como aquel principio que atraviesa de manera transversal la lectura e interpretación de la carta de derechos constitucionales, las prótesis auditivas, auriculares y similares deben ser autorizadas y proveídas por las entidades particulares encargadas por delegación, de la prestación el servicio de salud. / En este sentido, como quiera que la señora CHACÓN GÓMEZ está reclamando mediante ésta Acción la entrega de la prótesis del oído izquierdo y ésa reclamación se enmarca dentro de los supuestos de derecho antes esbozados, no puede menos el despacho que concluir que aquella, en beneficio de sus derecho a la vida, salud, dignidad humana, tiene derecho a que la EPS COLMÉDICA le autorice y provea de la prótesis a la que se ha hecho referencia. En consecuencia, la decisión final de esta tutela será la de ORDENAR a la EPS accionada, que dentro de las setenta y dos horas (72) horas siguientes a la notificación de ésta sentencia, entre a autorizar la provisión de la prótesis en las condiciones y con las especificaciones reclamadas por el médico tratante.”

Así frente a posturas dirigidas a acentuar que en casos como este se trata de prescripciones encaminadas a mejorar aspectos meramente estéticos pero no a conjurar un mal relacionado

con una faceta funcional de su salud, el a quo consideró pertinente subrayar, como lo ha hecho también la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, que el concepto de salud abarca no solo aspectos funcionales sino también matices psíquicos, emocionales y sociales. No obstante, se abstuvo el a quo de autorizar el suministro de la prótesis cada vez que la actora lo requiera y al hacerlo no tuvo en cuenta el concepto emitido por el médico tratante en el que se destaca de manera especial la necesidad de reponer la prótesis siempre que ella se desgaste. Esto no sólo reviste urgencia respecto del restablecimiento de la salud funcional de la peticionaria sino de otros aspectos de su salud tan importantes como los son la faceta psíquica, social y emocional.

28.- La Corte Constitucional ha sostenido que la protección del derecho constitucional fundamental a la salud debe interpretarse en un sentido amplio. En ese orden, ha afirmado la Corporación que la salud no puede comprenderse partiendo de un enfoque parcial, y debe repararse las distintas facetas que lo configuran, a saber, el aspecto físico o funcional, el psíquico, el social y el emocional. En la sentencia T-659 de 2003 abordó la Corte un asunto semejante al que está bajo su consideración en la presente sentencia¹⁶. En aquella ocasión opinó la Corte que la salud no se identificaba sólo con:

“un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas¹⁷. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no solo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.”

En la sentencia T-307 de 2006 también resolvió la Corte un caso similar y al referirse al derecho a la salud estableció¹⁸:

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

(...)

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

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

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

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

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

30.- A partir de lo expuesto, es factible afirmar que para la jurisprudencia constitucional la salud no equivale únicamente a disponer de un estado de bienestar físico o funcional. Debe a un mismo tiempo garantizarse el bienestar psíquico, emocional y social pues todos estos factores contribuyen a procurar a las personas una vida en condiciones de dignidad y de calidad. Tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.

31.- De conformidad con los lineamientos jurisprudenciales reseñados, encuentra la Sala que en el caso bajo examen se está ante un procedimiento recomendado por el médico tratante y orientado a reestablecer la salud de la peticionaria en sus aspectos funcionales, psíquicos,

emocionales y sociales. No es factible catalogar el procedimiento como algo suntuario o cosmético. A partir del concepto emitido por el médico tratante- que obra como medio de prueba en el expediente -, es factible constatar que la actora padeció cáncer, motivo por el cual fue necesario extirparle completamente el pabellón auricular y que la prótesis que debe implantarse para restablecerle su apariencia normal se deteriora con el uso y debe ser reemplazada mínimo cada seis meses, máximo, cada año.

32.- Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente fue factible comprobar asimismo que la peticionaria carece de la capacidad de pago para asumir el costo de las prótesis por lo cual al abstenerse el a quo de ordenar a la entidad demandada que suministre la prótesis cada vez que - de conformidad con la prescripción y condiciones médicas - lo requiera, disminuyó la protección del derecho constitucional fundamental a la salud de la peticionaria. Por esa razón la Sala confirmará parcialmente el fallo del a quo teniendo en cuenta los motivos expuestos en la presente providencia. Ordenará a la E. P. S. que autorice la provisión de la prótesis prescrita a la ciudadana Ana Teresa Chacón Gómez, por su médico tratante, cada vez que lo requiera de conformidad con las condiciones y especificaciones médicas y atendiendo las características concretas de su situación.

33.- Ahora bien, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la inaplicación de la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud no procede de manera automática¹⁹, sino que debe llevarse a cabo siempre que se cumplan las siguientes condiciones²⁰:

-Que el/la paciente esté afiliado (a) a la empresa prestadora de salud de la que reclama la atención.

-Que la falta de medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales.

-Que se trate de un medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre que ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

-Que el tratamiento o el procedimiento haya sido ordenado por el profesional de la empresa prestadora de salud en la que está afiliado el paciente.

-Que esté demostrado que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

34.- Como se desprende de las pruebas allegadas al expediente, en el asunto sub examine se cumplen a cabalidad los requisitos jurisprudenciales mencionados con antelación. Nos encontramos, por consiguiente, ante un caso en el que la E. P. S. COLMÉDICA está obligada a prestar el servicio de salud en los términos prescritos por el médico tratante y, en consecuencia, la E. P. S. debe autorizar el suministro de la prótesis ordenada cada vez que la peticionaria la requiera según las prescripciones médicas y dada su situación particular.

35.- De todos modos, con el fin de preservar el equilibrio financiero, debe recordarse en este

lugar que la E. P. S. tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA. Ha de advertirse, sin embargo, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 literal j de la Ley 1122 de 200721, si la E. P. S. se opone al suministro de la prótesis - el cual en el caso bajo examen no debe someterse a concepto de Comité Técnico Científico por cuanto, como consta en el concepto emitido por el médico tratante, no existe duda alguna sobre su necesidad - y obliga a la peticionaria a acudir a la tutela, debe cubrir por partes iguales con el FOSYGA los costos.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE, con fundamento en las razones expuestas en las consideraciones de la presente sentencia, el fallo emitido el día 23 de enero de 2008 por el Juzgado Setenta y Cuatro Penal Municipal de Bogotá.

SEGUNDO.- ORDENAR a la E. P. S. COLMÉDICA que suministre a la ciudadana Teresa Chacón Gómez la prótesis auditiva osteointegrada BAHA y prótesis auricular osteointegrada (VISTA FIX) - de conformidad con la prescripción, condiciones y especificaciones establecidas por su médico tratante - cada vez que ello sea indispensable para el restablecimiento de su salud.

TERCERO.- AUTORIZAR a la E. P. S. COLMÉDICA para repetir contra el FOSYGA, por el 50% de la suma de dinero invertida en el cumplimiento de la orden emitida en este fallo de conformidad con lo señalado en el artículo 14 literal j de la Ley 1122 de 2007.

CUARTO.- ADVERTIR a la E. P. S. COLMÉDICA la E. P. S. que en el evento en el que se oponga al suministro de la prótesis - que en el caso bajo examen no debe someterse a concepto de Comité Técnico Científico por cuanto, como consta en el concepto emitido por el médico tratante, no existe duda alguna sobre su necesidad - y obligue a la peticionaria a acudir a la tutela, debe cubrir por partes iguales con el FOSYGA los costos.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Ausente en comisión

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho fundamental de tipo asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficacia en la práctica. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

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

3 “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. / Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

4 [Cita del aparte transcrito] Cfr. Inter. Alia. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

6 El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de 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.”

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

8 *Ibíd.*

9 Esto es, la presencia del “número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.” El Comité

admite que la naturaleza misma de estos establecimientos, bienes y servicios puede estar determinada por diferentes factores dentro de los cuales se cuenta también el nivel de desarrollo del Estado Parte. Subraya, sin embargo, cuáles son los servicios básicos de salud que deben ser incluidos con independencia de ese nivel de desarrollo. Al respecto, indica lo siguiente: “[c]on todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.” *Ibíd.*

10 Es decir, que las personas puedan ingresar a los establecimientos de salud y hacer uso efectivo de los bienes y servicios de salud sin que se presente ningún tipo de discriminación. A juicio del Comité, lo anterior supone asegurar, de una parte, que los sectores más vulnerables y marginados de la población no sean discriminados respecto de su posibilidad de hacer uso de los establecimientos, bienes y servicios de salud. Toda suerte de discriminación – sea ella de género, origen, raza o condición social, cultural o económica – queda terminantemente prohibida. En opinión del Comité, la accesibilidad implica, de otra parte, garantizar el acceso físico en el sentido de procurar las condiciones para que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todas las personas con independencia del lugar geográfico que habiten. Con ello se trata de proteger de manera especial a sectores vulnerables o marginados tales como “las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños [y las niñas], [las y] los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.” La accesibilidad conlleva asimismo a establecer condiciones por medio de las cuales se haga factible el acceso a la salud de quienes carecen de los suficientes recursos económicos para tales efectos. Así, “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.” (Subrayas fuera del texto original). La accesibilidad comporta, del mismo modo, el derecho a estar informados en forma suficiente sobre los establecimientos, bienes y servicios de salud y, en tal sentido, a “solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.” *Ibíd.*

11 Este requisito se cumple, según el Comité, cuando los establecimientos actúan y los bienes y servicios se prestan de manera que se asegure el respeto por la ética médica y por las diferencias culturales, esto es, cuando se obre bajo cánones “respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los

requisitos del género y el ciclo de vida,” y se conciban los servicios de tal modo que garanticen, en forma simultánea, el respeto por el principio de confidencialidad.

12 De conformidad con lo establecido por el Comité en la Observación General 14, los establecimientos, bienes y servicios de salud no sólo han de ser aceptables, mirados desde un enfoque cultural, sino “también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.” (Subrayas fuera del texto original).Ibíd.

13 Consultar entre otras, Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007; T-173 de 2008; T-60 de 2008.

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

15 En reiterado número de veces la Corte Constitucional ha estimado que “el derecho a la salud, si bien [es] un derecho prestacional, adquiriría el carácter de derecho fundamental [en el evento en que estuviera] en conexión inescindible con el derecho a la vida o a la vida en condiciones dignas. Así, cuando la insatisfacción del derecho a la salud [comprometía] la vida misma de su titular, o su vida en condiciones dignas, la acción de tutela [era] el mecanismo idóneo de protección. Pero, adicionalmente, la jurisprudencia ha estimado que el derecho a la salud adquiere una connotación especial cuando su titular es una persona de la tercera edad, circunstancia que refuerza el que su protección proceda mediante la acción de tutela. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1016 de 2005. En esa misma dirección, consultar, entre muchas otras, las sentencias SU-111 de 1997 y SU-225 de 1998 así como la T-958 de 2001.

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

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

18 En ese caso se trataba de un niño al que la E. P. S. había negado autorizar la intervención quirúrgica (Otoplastia) que se le había recetado al menor para corregir el defecto que sufría

en sus orejas. Dada la situación enfrentada por el menor caracterizada por las burlas y agresiones constantes por parte de adultos y de compañeros en el barrio y en el colegio que lo condujeron a aislarse y a adoptar un conjunto de conductas agresivas y depresivas, la Corte estimó que esas circunstancias afectaban el desarrollo integral del menor y su calidad de vida. Llegó a la conclusión, según la cual, de realizarse la cirugía en el caso concreto, podría incluso afectarse de modo grave la salud integral del menor.

19 Véase Corte Constitucional. Sentencia T-328 de 1998.

20 Véanse, Corte Constitucional. Sentencias SU-111 y SU-480 de 1997, T-236, T-283 y T-560 de 1998, entre otras.

21 “ART. 14.— Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, 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. / Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento. / A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación: / j) En 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. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud.” Consultar también Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 2008.