

SU043-95

Sentencia No. SU-043/95

## DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Protección estatal/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, lo cual significa que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la "cobertura" familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta.

## DERECHO A LA SALUD-Atención al paciente

### MENOR ENFERMO-Protección/ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Cobertura familiar

Aún en estados terminales, el ISS, no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes, queda así reafirmada la interpretación jurídica del término CURACION. En este caso existe concepto médico autorizado, según el cual no obstante ser incurable la dolencia de la menor, su afección es controlable, lo cual habilita para que se le dé tratamiento de soporte, mantenimiento y control para evitar el deterioro de su salud, desde luego indeseable y proscrito a la luz de la Constitución y de la ley. El ISS, reconociendo los amparos concedidos por la Corte Constituciuonal en diferentes sentencias de revisión y lo señalado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, ha puesto punto final a cualquier discusión, admitiendo la cobertura del servicio para los hijos de afiliados que sufran de enfermedades como el dawn, parálisis cerebral y otras.

## SALA PLENA

REF.: Expediente No. T-45127

Peticionario:

MARIA ELENA ALVAREZ RAMIREZ, en representación de su hija menor de edad.

Magistrados Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., febrero nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales de revisión, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre la sentencia relacionada con la acción de la referencia, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito

de Medellín.

## I. ANTECEDENTES:

### A. La Petición

La señora María Elena Alvarez Ramírez, en representación de su hija menor, quien se encuentra debidamente identificada en el expediente y en todos los documentos correspondientes a estas actuaciones, pero cuyo nombre se mantiene en reserva en esta providencia para salvaguardar sus derechos constitucionales y legales a la intimidad y al buen nombre, presentó en la forma debida y ante la oficina judicial de Medellín el día 21 de julio de 1994, un escrito en virtud del cual ejerce la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional contra el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.), Seccional Antioquia para obtener la protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de aquella menor de edad; el conocimiento y el fallo de la petición respectiva correspondió por reparto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, que no accedió a lo demandado.

De conformidad con las manifestaciones de la peticionaria, la acción de la referencia se dirige de manera específica a obtener la protección judicial del derecho constitucional fundamental a la vida y de los demás derechos fundamentales de los niños que se relacionan, en este caso, con el estado de salud de su hija, a quien el Instituto de Seguros Sociales, a partir del 20 de Noviembre de 1990 decidió no prestarle más los servicios médicos para el tratamiento de la esclerosis tuberosa o enfermedad de Bounerille, y de la enfermedad renal quística con diagnóstico de incurable, bajo el supuesto según el cual, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, la menor no es tributaria de prórroga por parte del I.S.S. en el goce de los mencionados servicios.

Pero además, posteriormente, ante las nuevas disposiciones legales vigentes desde 1993, y con ocasión de una solicitud en el mismo sentido, se le manifestó a la peticionaria en oficio de abril 29 de 1994, suscrito por la Subgerente de Servicios de Salud del mencionado instituto, que en ausencia de “la reglamentación por parte del Gobierno respecto de los paquetes obligatorios de salud de que habla la Ley 100 de 1993”, el I.S.S., de conformidad con lo establecido en el Decreto 1650 de 1977, debe aplicar el Decreto 770 de 1975, que establece unos requisitos de carácter médico-científico, que no se cumplen en el caso de la hija de la peticionaria. Ante esta situación, la peticionaria intenta la acción de la referencia, y presenta la demanda de tutela para obtener el amparo judicial de sus derechos constitucionales fundamentales, que según su parecer resultan desconocidos por la suspensión de la atención médica y por la negativa a reanudar la prestación de los servicios que le corresponden a su hija frente a lo dispuesto en la nueva Constitución y en la Ley 100 de 1993.

### B. Hechos

1. Los hechos que expone la accionante por intermedio de su apoderado, como causa de la acción, se resumen así:

- La peticionaria informa que es afiliada del I.S.S. desde 1964 y que en el mes de mayo

de 1980, en las dependencias del I.S.S. nació su hija con diferentes enfermedades congénitas graves, tal como consta en la historia clínica cuya fotocopia anexa.

- Afirma que el día 20 de noviembre de 1990, el Dr. Luís Carlos Ochoa, Coordinador de Pediatría, "basado en el decreto 0770 artículo 26", retiró el derecho que tenía la menor como beneficiaria para ser atendida en el I.S.S..

- Indica que conoce razones reglamentarias para la suspensión del servicio, pero insiste en que, en su caso, el I.S.S. debe reconsiderar la decisión, debido a las múltiples lesiones que padece su hija desde el nacimiento, mucho más, si se aplica lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 en materia de servicios solidarios de salud.

- Además, la peticionaria afirma que no posee medios económicos suficientes que le permitan ofrecer el tratamiento a su hija, teniendo en cuenta que su única fuente de subsistencia es su trabajo en una empresa donde se desempeña como operaria.

En este sentido reconoce que, a instancias suyas, y por el pago que hace de los costos que puede sufragar, la atención médica se le esté prestando a la enferma en el hospital de San Vicente de Paul, que es una entidad privada más económica que todas las demás, pero advierte que no obstante hacer todo lo posible para garantizarle a su hija la atención médica que requiere de neurólogo, oftalmólogo, dermatólogo, nefrólogo, endocrinólogo, ortopedista y odontólogo, los costos que debe sufragar de sus recursos en este centro hospitalario, se hacen inalcanzables y que ellos deben ser cubiertos por la entidad de seguridad social a la que está afiliada, de conformidad con las leyes vigentes.

2. De otra parte, la Corte encuentra en el expediente de la referencia algunos documentos que acreditan otros hechos pertinentes al caso, que en la oportunidad correspondiente, serán tenidos en cuenta por esta Corporación, para adoptar la resolución que procede, como quiera que fueron allegados por la peticionaria, por la entidad contra la que se dirige la petición y por el perito designado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo ordenado por el Juez de instancia..

Así, aparece fotocopia de la "historia clínica" de la menor, desde septiembre de 1980, en la que se registra en varios documentos la evolución del estado general de salud de la menor; y en especial de las enfermedades que padece como la "Esclerosis tuberosa" con epilepsia y allí aparece el examen ecográfico de la unidad renal del I.S.S. del 10 de Octubre de 1990 en el que se opina que, por estar los riñones francamente aumentados por la existencia de múltiples quistes, puede padecer de una poliquistosis; se observa que este examen se práctica después de 9 años sin que se le haya hecho este tipo de evaluación de los quistes renales.

En el diagnóstico del neurólogo se advierte "Esclerosis Tuberosa con Epilepsia" catalogada como "Enfermedad controlable pero no curable"; De igual modo, el coordinador de pediatría advierte que como se trata de una enfermedad no curable la niña no es tributaria de prórroga.

Posteriormente, el 8 de noviembre de 1990 el nefrólogo observa que "El dictamen clínico y patológico de la niña ... es Esclerosis Tuberosa o enfermedad de Bounerville. La Afección

renal quística en ella no es curable pero tiene mejor pronóstico de supervivencia renal que la poliquistosis en que se pensó. Sin embargo, se puede llegar a requerir terapia de reemplazo renal.”

Además, se encuentra que en oficio del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, fechado el 29 de abril de 1994 y dirigido a la peticionaria, se le comunica el trámite dado a su solicitud formulada en el mismo sentido en el que posteriormente plantea la acción de tutela de la referencia, y que le es negada por la falta de reglamentación de los derechos de asistencia médica de cobertura familiar previstos en la Ley 100 de 1993; en el mencionado oficio se le advierte que aquella respuesta se adopta en aplicación a la reglamentación vigente en especial de lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto 3063 de 1989, y de los Decretos 770 de 1975 y 1650 de 1977.

Además, por disposición del juzgado de instancia aparecen las correspondientes evaluaciones médicas, así:

a. La del seguro social en la que se advierte que la niña sufre de poliquistosis renal congénita, esclerosis tuberosa, síndrome convulsivo, hernia umbilical, ovario poliquístico derecho, verruga vulgar índice izquierdo, insuficiencia renal crónica secundaria a la poliquistosis renal y astigmatismo ocular.

b. La del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en la que se advierte que “La esclerosis tuberosa con sus diferentes componentes clínico patológicos (síndrome convulsivo, retardo mental, lesiones cutáneas, etc.), que presenta esta paciente no es una enfermedad curable.”

### C. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia de agosto 3 de 1994 resolvió: “No tutelar la petición formulada por la señora María Elena Alvarez Ramírez, en calidad de madre de la menor cuya identidad aparece en el expediente en contra del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y del Dr. Luís Carlos V.”, con base en las siguientes consideraciones:

Señala el juzgador, que de acuerdo con la historia clínica de la menor, se concluye que sufre de una enfermedad denominada “esclerosis tuberosa con diferentes componentes clínico-patológicos (síndrome convulsiva retardo mental, lesiones cutáneas, etc.), que no son curables.

- Indica que el artículo 26 del Decreto 770 de mayo 20 de 1975 establece:

“Los hijos de los asegurados amparados por el seguro de enfermedad general y maternidad, tendrán derecho a la necesaria asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, así como a los correspondientes servicios paramédicos y médicos auxiliares de diagnóstico y tratamiento durante el primer año de vida.

Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo del asegurado

tendrá derecho, en cualquier tiempo a todas las prestaciones asistenciales necesarias cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación”.

- Indica que teniendo en cuenta que la menor padece de una enfermedad incurable, y la norma antes señalada se encuentra vigente, el Instituto no puede continuar prestando los servicios a la menor; la peticionaria, debe entonces recurrir ante una institución del Estado en busca de los recursos médico-asistenciales que requiere su hija y no acudir, por vía de la acción de tutela, a la búsqueda de dicho fin.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### a. La Competencia

Es competente la Sala para conocer de la acción de tutela de la referencia, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 86 inciso 2o. y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, desarrollados en los artículos 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

### b. La Materia

1. Como cuestión preliminar en este asunto, para la Corte Constitucional es claro que desde los mismos orígenes del reconocimiento formal de los derechos sociales de los trabajadores, y en especial, del derecho de estos a la seguridad social, incorporado en nuestro régimen constitucional desde la reforma de la 1936, como derecho de contenido programático y, al mismo tiempo, como deber del Estado y de los particulares, pero en todo caso relacionado con el trabajo como obligación social (arts. 16 y 17 de la C.N. de 1886), se fomenta por el Estado y por virtud de la ley, entre otras relaciones, el establecimiento de vínculos regulares y ordenados de carácter social, económico y financiero, entre los patronos, los trabajadores y las entidades de seguridad social y de asistencia médica y de salud, creadas con fines de seguridad social, para brindarles a estos últimos, los servicios y la atención que no podrían sufragar con su salario.

Estos elementos normativos de compromiso entre las clases sociales, que datan desde la redacción de la Constitución de Weimar y de la Constitución Mexicana de 1917, encuentran suficientes fundamentos doctrinarios en las teorías del primer “Estado Social de Derecho”, formuladas, entre otros por Herman Heller, y que parten del reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores y de la legitimación del conflicto económico entre capital y trabajo, y en las de la intervención del Estado con fines de prevención de las crisis cíclicas de los mercados, que suelen producir penuria generalizada acompañada con depresión de las economías capitalistas.

2. En aquellas corrientes del pensamiento democrático de este siglo, de verdadero y profundo influjo en las labores del Constituyente de 1936 y en la jurisprudencia nacional que se desarrolla después de la expedición de aquella reforma, se parte del supuesto de la validez y eficacia del aumento del gasto social de orden fiscal y patronal, y de la necesidad de la orientación oficial y pública de la economía, para controlar el comportamiento de la demanda agregada y del ahorro, sin que por ello se admitiese la propuesta, ni mucho menos la facultad normativa de desbordar la realidad financiera y patrimonial de la ecuación que se

establece entre los aportes y los derechos y compromisos que se deben atender con los mencionados fines sociales de carácter prestacional, por las respectivas cajas, fondos o instituciones de seguridad social.

De otra parte, no debe olvidarse que el artículo 19 de la Carta de 1886, establecía otra modalidad específica de los derechos programáticos y de las garantías sociales, conocido como derecho a la asistencia pública, con profundas implicaciones presupuestales de todo orden, como quiera que servía de fundamento a todo el gasto social del Estado y a la financiación de las entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de las personas físicamente incapacitadas para trabajar, en los siguientes términos:

“Artículo 19. La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar.

“La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que debe darla directamente el Estado.”

En este sentido, y siguiendo la orientación social del pensamiento constitucional colombiano, también la Reforma de 1936 estableció la forma como se debía prestar la mencionada asistencia pública y los casos en que aquella debía ser prestada por el Estado, debían ser señalados por la ley no sólo como una competencia sino como un deber del legislador.

Con todo, se trataba de una relación jurídica diferente de la prestacional ordinaria y general que surge en el vínculo capital-trabajo y, reflejaba por su parte, la voluntad del constituyente y del legislador de brindar asistencia social y pública a quienes no podían trabajar y no podían exigirla de otras personas.

3. Además, bajo estos supuestos normativos, se desarrollan a lo largo de la historia de la seguridad social institucional en nuestro régimen jurídico, otros elementos financieros, prestacionales y asistenciales bien detallados en la ley y en los reglamentos, en todo caso acompañados del paso del tiempo y de la edad de los afiliados, o de acontecimientos eventuales, como accidentes, o incapacidades sobrevenidas o profesionales, para brindar paquetes y programas de seguridad social enderezados a satisfacer otras ventajas prestacionales, producto del reconocimiento legal, contractual o convencional del afiliado y de sus derecho habientes. Dentro de ellos, y como producto de la evolución mencionada, se encuentran los derechos de los menores hijos de los afiliados a la asistencia médico hospitalaria (Art. 16 del decreto 1650 de 1977), y a las prórrogas admitidas bajo las condiciones reglamentarias correspondientes en de las cuales se había establecido el concepto de enfermedad incurable como límite específico, según lo advertía el artículo 26 de Decreto 770 de 1970.

En aquellas entidades, conocidas como el I.S.S. y la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) en el orden nacional, siempre ha estado presente el deber de atender las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las relaciones prestacionales que surgen del vínculo laboral; dentro de ellas, que desde luego se encuentran en los mismos orígenes de los derechos sociales, se establecen entre otras, las de contenido médico, hospitalario y asistencial del trabajador y en algunos casos de su familia o de sus derechos habientes, lo

cual presupone un tipo especial de régimen jurídico que relativiza los alcances y el contenido del derecho constitucional a la seguridad social en buena parte del mismo, haciéndolo depender de los elementos económicos y financieros, lo mismo que del cumplimiento de condiciones específicas como las que establecen el monto, la extensión y los términos de la cotización de patronos y empleadores o de los aportes fiscales, todos regulados por la ley.

4. Desde luego, aquellas entidades que fueron creadas ex profeso por la ley, e inicial y exclusivamente como fondos económicos de carácter oficial y público, con estructuras orgánicas e institucionales complejas, orientados y dirigidos de modo específico, a la atención de los elementos prestacionales de los trabajadores y de sus familias en los que se establecen varios conjuntos de relaciones como las que se describen de modo genérico en el anterior apartado, entraron en una profunda crisis histórica en casi todas las latitudes, y ahora se admite, como lo hacen, entre otros, los artículos 48 y 49 de la Constitución de 1991, que la seguridad social puede ser prestada también por entidades particulares.

5. Aparte de otras causas suficientemente examinadas en los últimos años, que agotaron algunos de los elementos de estas instituciones como los de su credibilidad y solidez patrimonial, no sobra advertir el peso de la enorme carga fiscal que supuso y aun ahora supone el reconocimiento, desarrollo y puesta en práctica de los mencionados derechos sociales de los trabajadores, y el peso de la misma sobre el presupuesto de la administración pública en los distintos ordenes; tampoco es dable desconocer la carga patrimonial, contable y presupuestal que afectó a los patronos a la hora de conformar con los aportes respectivos, en todo caso proporcionales a los salarios de los trabajadores, para las mencionadas fondos de previsión social y de asistencia médico hospitalaria, sin mencionar los fondos o cajas de compensación familiar, que corren por su parte una suerte diferente a la de las instituciones que se describen de modo general y abstracto.

6. En este sentido son explicables, y en su momento encontraban suficiente fundamento jurídico sustancial, algunas de las limitaciones que se establecían en la ley y en los reglamentos, expedidos al amparo de la Constitución de 1886, para precisar las específicas labores de las entidades mencionadas y limitarlas a determinadas actividades y procedimientos bien definidos en las disposiciones jurídicas, y en buena medida financieramente compatibles con la conservación de los recursos recaudados, en atención el vínculo entre el centro de atención y el paciente, si este dependía de la afiliación del trabajador o aportante.

7. Estas razones también podrían ser suficiente explicación doctrinaria para admitir que, en los casos señalados por las disposiciones invocadas por el Instituto de Seguros Sociales, para suspender la prestación de los servicios médicos a la hija menor de la peticionaria, por ser mayor de un año de edad y no ser beneficiaria de las prórrogas legales, ya que su enfermedad ha sido diagnosticada como incurable, aquella entidad no estaría atentando contra la Constitución de 1991 en la parte de los derechos fundamentales de los niños, mientras no se hubiese reconocido su deber específico de atención y la respectiva capacidad jurídica para hacerlo radicada en su cabeza, como quiera que es una determinada entidad pública de seguridad social, sometida a un régimen legal y reglamentario propio que le establecen sus competencias y compromisos.

8. Naturalmente, y así lo señaló la Corte, en estos casos en los que no existía la disposición legal o reglamentaria que estableciera la obligación en cabeza de una u otra institución oficial, no podía ordenarse a ésta que continuara la prestación de los servicios requeridos, salvo cuando la suspensión implicara un perjuicio o un deterioro en la salud del menor, o cuando para asegurar la tutela de los mismos derechos de los niños y el deber del Estado de prestar la seguridad social a los mismos se debía prestar la atención en otros centros clínicos, médicos, hospitalarios y de salud, públicos o privados a cargo del Estado o sufragados por éste.

En efecto, aquellas relaciones de orientación prestacional aun son reflejo de los elementos programáticos predominantes del derecho social en sus manifestaciones generales, y en casi todos los casos quedan condicionadas a elementos de carácter económico financiero y de disponibilidad fiscal y física, así como a su extensión legal y reglamentaria, lo mismo que convencional de los derechos, como cuando se trata de algunas prestaciones estipuladas en el contrato colectivo de trabajo que resuelve el conflicto económico laboral entre sindicato y empleadores, todo lo cual resulta fundamental para la obtención de la prestación, hasta el punto de hacerlo depender de la cotización y de los aportes, tanto de patronos y de las agencias fiscales del Estado, como de los trabajadores.

9. Ahora bien, cabe observar que la nueva Constitución varía algunos de los tradicionales elementos del concepto de seguridad social e incorpora, entre otros componentes de esta parte de las regulaciones constitucionales, unos nuevos principios de profundo sentido solidario y humanista, y, no obstante mantener la mayor parte de sus manifestaciones como derechos programáticos, en el sentido de que dependen de las disposiciones legales y de las disponibilidades fiscales y físicas del Estado, ya no sólo las hace surgir del vínculo económico laboral entre empleadores o patronos y trabajadores, sino que las reconoce a todos los habitantes como un derecho irrenunciable, y como parte de un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Esta se debe prestar con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley, inclusive por las entidades respectivas, públicas o privadas, creadas, también de conformidad con la ley, para la administración financiera y asistencial de la seguridad social, según lo establecido por los artículos 48 y 49 de la Constitución.

En este sentido los citados artículos establecen que:

“Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”

“Artículo 49. 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.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”

10. Pero además, la nueva Constitución, al ocuparse de los derechos de los niños, no desatendió al desarrollo del derecho social contemporáneo y estableció, como corresponde a su evolución, las nuevas manifestaciones del Estado Social de Derecho, y dio rango de derecho constitucional fundamental a algunos derechos de los menores como el de la seguridad social que se proyecta en este caso, no obstante que deba encontrarse su armonía con otras manifestaciones programáticas específicas, que también son proyección suya.

11. En esta nueva oportunidad procesal, la Corte Constitucional examina los elementos que configuran la específica situación jurídica de orden constitucional, que se presenta en el caso de la terminación unilateral de la prestación de los servicios médicos y asistenciales a los hijos menores de edad de los trabajadores de una empresa privada, que son afiliados al Instituto de Seguros Sociales como entidad de seguridad social prestadora de servicios de salud, y cuando aquella terminación es decretada con fundamento en un diagnóstico de enfermedad incurable y en atención a la edad del menor, y de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

La Corte Constitucional definió su jurisprudencia en materia de las demandas de tutela judicial directa y específica de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social de los niños reconocidos en el artículo 44 de la Constitución Política, y pronunció varias decisiones relacionadas con este tipo de casos, resolviéndolos de conformidad con la consideración según la cual, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales vigentes, y no obstante la imposibilidad de brindar la atención médica hospitalaria por la entidad de seguridad social a la que se encuentren afiliados los padres del menor enfermo, en las citadas condiciones de edad y de estado de la enfermedad, según lo dispuesto para el I.S.S. por los decretos 770 de 1975 y 1650 de 1977, en todo caso subsiste en favor de aquellos el derecho constitucional fundamental a recibir atención acorde con la enfermedad en hospitales locales, regionales, universitarios, puestos y centros de salud y a cargo del Estado. (Sentencia 432 de septiembre 30 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz).

Además, en aquellos pronunciamientos se ha sostenido que el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo cual significa para lo que a este asunto interesa, que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la “cobertura” familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta.

En este punto, tampoco sobra advertir que la Ley 100 de 1993 establece un nuevo sistema de organización de estos derechos en sus distintas expresiones, dentro de las cuales se crea el sistema de seguridad social en salud, y en especial cabe transcribir lo dispuesto por el artículo 163 de aquella; en efecto, en la mencionada disposición se establece:

#### “Artículo 163. La Cobertura Familiar

“El plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.”

12. Cabe destacar que el asunto bajo examen de la Corte en esta oportunidad, recibe las consecuencias de la expedición de la Ley 100 de 1993 y del decreto ley 1298, así como los reglamentarios 1919 y 1938, todos de 1994, y debe ser resuelto con fundamento en su vigencia y operancia plenas; en este sentido, tal y como se verá más adelante, se encuentra que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y de su reglamentación específica, los fundamentos esgrimidos para la suspensión de los servicios médicos en el asunto en cuestión han desaparecido por la vigencia de la ley que establece la cobertura familiar y que incluye, como beneficiarios de los servicios de salud, a los hijos de los afiliados, menores de 18 años o aun mayores de esta edad, si padecen de incapacidad (art. 12 del Decreto 1991 de 1994), y porque la vigencia de las disposiciones ahora aplicables imponen el deber, en el caso concreto que se examina, de atender a la paciente menor de 18 años e hija de una afiliada al Instituto de Seguros Sociales que sufre una enfermedad incurable, cuando menos con el fin de brindarle soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento, inclusive si es del caso, necesario y recomendable clínicamente, el trasplante renal. (art. 15 del Decreto reglamentario 1938 de 1994).

Recuérdese que en este caso existe concepto médico autorizado, según el cual no obstante

ser incurable la dolencia de la menor, su afección es controlable, lo cual habilita para que se le dé tratamiento de soporte, mantenimiento y control para evitar el deterioro de su salud, desde luego indeseable y proscrito a la luz de la Constitución y de la ley.

La Corte advierte que de conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Carta, la aplicación de la ley 100 de 1993 y de sus decretos reglamentarios que se ordena en este asunto, y la tutela que se decreta en la parte resolutive de este fallo, corresponden a la especial determinación judicial, con fines concretos e ínter partes, del contenido prestacional del derecho constitucional a la seguridad social en general, que sin duda es un derecho de contenido social y de configuración prestacional, y del derecho constitucional fundamental a la salud y a la seguridad social de los niños, que no obstante corresponder, en este caso, a la configuración normativa de un derecho de carácter prevalente por hacer parte de los derechos constitucionales fundamentales de que se ocupa el artículo 44 de la Carta Política, depende en sus elementos específicos de la definición legal de la misma.

No puede, pues, desconocerse que a partir del primero de enero de 1995, comienza la aplicación de los Planes Obligatorios de Salud, dentro del nuevo Sistema General de Salud y de la “cobertura familiar” ya mencionada, prevista en las disposiciones jurídicas reiteradamente señaladas en esta providencia, y, en consecuencia, para la Corte no son suficientes las definiciones doctrinarias y genéricas sobre la naturaleza precaria y apenas programática y prestacional del derecho a la seguridad social, para evitar la atención medico hospitalaria a los menores que sufren de enfermedades incurables, ni invocarse su dependencia de la precisa definición de los términos que debe establecer la ley para su efectividad en los casos de los niños.

En efecto, como se ha visto, en esta materia la nueva ley, ya examinada parcialmente en su constitucionalidad por la Sala Plena de esta Corporación, es categórica, explícita y contundente en la voluntad de reconocer la prestación a los hijos de los afiliados a las empresas promotoras de salud como el I.S.S., y ella no da lugar a ninguna duda sobre la extensión que la nueva configuración del Estado Social de Derecho da a los hijos de los afiliados por parte de las entidades encargadas de las obligaciones prestacionales correspondientes.

Por todo lo anterior, reconocido en la ley el contenido específico de la prestación, y establecida la obligación de la correspondiente entidad de seguridad social médico asistencial, como lo hace la Ley 100 de 1993, debe el juez, sin duda ninguna, reconocer el derecho y ordenar su tutela judicial directa, como se ordena en este asunto.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en un asunto similar al que se resuelve en esta providencia, según sentencia 001 del 16 de enero de 1995, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo:

“La nueva reglamentación, que desarrolla la normatividad legal sobre el Plan Obligatorio de Salud, ha evolucionado en lo concerniente al mencionado motivo de exclusión de los servicios para la familia del afiliado y, en vez de exigir que se diagnostiquen posibilidades de curación, señala como motivo de exclusión del Plan el hecho de que se sufra de una

enfermedad para la cual 'no existan posibilidades de recuperación', concepto éste que resulta mucho más amplio que el anterior, ya que incorpora las modalidades de atención aplicables a quien, sin alcanzar la eliminación definitiva de sus males, puede obtener, mediante procedimientos médicos o quirúrgicos, los niveles de salud que, por crisis, ataques o progresivo deterioro, había perdido. Se trata, entonces, de recobrar o restablecer la salud del paciente, tal como lo entienden los diccionarios médicos especializados (Cfr. Diccionario Ilustrado de Medicina, Dorland. Madrid: Ed. Mc.Graw Hill, 1988 y Diccionario Médico Roshe. Barcelona: Ed. Doyma, 1993).

En efecto, el Decreto Reglamentario 1938 de 1994, señala en su artículo 15, literal m), entre las exclusiones de la atención que se ofrecen en virtud del Plan Obligatorio de Salud, las siguientes:

'Actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación'. (Subraya la Corte).

Aplicará la Corte el precepto, fundada en la presunción de legalidad que lo favorece, sin entrar a definir la validez de las exclusiones introducidas al régimen legal por decreto reglamentario, lo cual no es de su competencia.

De su contenido puede deducirse que la cobertura del Plan Obligatorio de Salud cobija a los beneficiarios en cuanto pueda establecerse que los servicios médicos, asistenciales o quirúrgicos serán aptos para la recuperación de la salud del paciente, en los términos descritos.

Pero, además, la misma disposición autoriza que se brinde 'soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionabilidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento'.

Lo dicho significa que las entidades, públicas o privadas, encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del Plan Obligatorio de Salud no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente."

13. Como en este caso la menor depende económicamente de la afiliada y está cubierta por el Plan Obligatorio de Salud que tiene "cobertura" familiar según lo dispuesto por el artículo 163 de la Ley 100 de 1994, y como, además, para este tipo de plan están prohibidas las limitaciones por preexistencias, y se admiten los tratamientos de soporte, mantenimiento y aún los paliativos del dolor, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994 y tutelarse el derecho a la seguridad social reclamado, como en efecto se ordenará.

En este sentido, la Corte reitera su jurisprudencia sobre esta cuestión, y precisa en forma coherente y unificada la solución para el amparo del derecho fundamental de la seguridad social, y especialmente el que se refiere a los menores, consagrado expresamente para ellos, junto a los derechos a la vida y a la salud, los cuales prevalecen sobre los demás, según los

términos del artículo 44 de la C.P.. No queda duda, pues, que los fines humanistas que inspiran la Carta de 1991 señalan una conducta insoslayable para el ISS y demás entidades públicas y privadas a las cuales cubre el plan de salud obligatorio, que tendrá cobertura familiar, establecido por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

El mismo criterio jurisprudencial fue acogido en la tutela No. 20 de 1o. de febrero de 1995 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), en estos términos:

“Esta cobertura la adoptó el ISS, en ciertos departamentos desde el 1o. de enero de 1995, pero por aspectos de organización interna, en seccionales como la del Distrito Capital, beneficiará a sus afiliados desde el primero de abril del presente año. Este anuncio no suspende la vigencia de los derechos fundamentales, pero si contribuye a reforzar la justeza de lo reclamado a nombre de los niños.

“Lo anterior aclara que aun en estados terminales, el ISS, no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes, queda así reafirmada la interpretación jurídica del término CURACION.

“Es más, de acuerdo con lo constatado en la inspección judicial, ordenada por esta Sala de Revisión, el ISS, reconociendo los amparos concedidos por la Corte Constitucional en diferentes sentencias de revisión y lo señalado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, ha puesto punto final a cualquier discusión, admitiendo la cobertura del servicio para los hijos de afiliados que sufran de enfermedades como el dawn, parálisis cerebral y otras. Por eso el ISS, en memorando 919265 de diciembre 28 de 1994, dijo:

‘De hecho la Ley 100 de 1993 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, incluyendo, desde luego el Decreto 888 de 1988’

“Esta categórica afirmación es armónica con lo expresado por el Gerente de la Clínica del Niño anunciando el pronto cubrimiento de la salud ‘a los menores hasta los 18 años y de por vida en caso de ser deficientes físicos’ “.

En esta forma por la vía de la unificación jurisprudencial, que corresponde por competencia a la Sala Plena, queda señalada la posición de la Corte sobre esta importante materia.

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

#### **R E S U E L V E :**

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el día 3 de agosto de 1994.

Segundo. Conceder la tutela del derecho constitucional fundamental a la seguridad social y a la salud de la menor hija de la peticionaria, en el asunto de la referencia y en consecuencia, ordenar al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, que proceda a brindar los servicios médico-hospitalarios a la hija menor de la afiliada, María Elena Alvarez

Ramírez, de conformidad con lo establecido por la Ley 100 de 1994 y por los Decretos 1298, 1919 y 1938 de 1994.

Tercero. Comunicar lo resuelto en esta providencia al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, para efectos del cumplimiento de la misma, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991

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

JORGE ARANGO MEJÍA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria