

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO

En la Constitución ha sido señalado de manera expresa el caso de los niños, cuyo derecho a la seguridad social es fundamental y susceptible, por tanto, de ser reclamado, mediante el ejercicio de la acción de tutela, de manera inmediata aunque no incondicional. El trato especial otorgado por el Ordenamiento a los menores tiene el alcance de una preeminencia o primacía, que debe su razón de ser a las condiciones de debilidad e indefensión que los caracteriza, dada la crucial etapa de formación física y mental por la que atraviesan, y a la promesa que su sana supervivencia representa para la sociedad del futuro.

DERECHO A LA SALUD/TRATAMIENTO MEDICO-Interrupción

El entendimiento de la norma no puede ser (...) el de que la entidad de seguridad social esté autorizada para interrumpir un tratamiento a quien estaba derivando de él evidentes progresos (...), con mucha mayor razón si (...) es factible obtener mejoría del paciente mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias. No podría aceptarse constitucionalmente que fuera lícito y permitido a un organismo de seguridad social del Estado desentenderse absolutamente del tratamiento y los cuidados que requiere un paciente cuya salud, de manera necesaria, habrá de sufrir notables detrimentos si aquél se interrumpe; menos si el daño causado por la interrupción de la asistencia médica, fisioterapéutica u hospitalaria puede llegar al punto en que la calidad de vida de la persona resulte seriamente degradada.

PLAN DE SALUD OBLIGATORIO-Beneficiarios

Al establecer el Plan de Salud Obligatorio, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 cobijó como beneficiarios a los hijos menores de 18 años que hagan parte del núcleo familiar y que dependan económicamente del afiliado, y a los mayores de 18 con incapacidad permanente, así como a los menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y tengan la aludida relación de dependencia. 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.

DERECHO A LA SALUD/MENOR ENFERMO-Protección/TRATAMIENTO MEDICO/INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Asistencia médica de menor

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. No resulta admisible la excusa alegada por el ISS, según la cual se ha limitado a aplicar el artículo 26 del Decreto 770 de 1975 por razón de no existir desde el principio un pronóstico favorable de curación, puesto que la prestación de los servicios médicos y asistenciales que requiere el menor para subsistir está regida hoy por conceptos diferentes. La negativa del Seguro es contraria a la preferencia constitucional reservada para los derechos del niño y

contradice las condiciones legales y reglamentarias que, para casos como el controvertido, vienen a delimitar la prestación de la seguridad social según el artículo 48 de la Constitución, con lo cual ese organismo, a partir del momento en que suspendió la atención médica y clínica que necesita el hijo de la accionante en defensa de su vida, ha venido evadiendo el carácter obligatorio del servicio público que se le ha confiado.

-Sala Quinta de Revisión-

Acción de tutela instaurada por MARIA ANGELA MOSQUERA contra el Instituto de Seguros Sociales -Seccional Valle-.

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., según consta en acta del dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Se revisa el fallo de tutela proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Cali.

I. INFORMACION PRELIMINAR

MARIA ANGELA MOSQUERA, actuando en representación de su menor hijo, ALEXANDER PINO MOSQUERA, acudió ante el Juzgado Municipal (Reparto) para ejercer acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales -Seccional Valle-.

Según la demanda, el menor, nacido el 22 de junio de 1983 en las dependencias hospitalarias del Instituto, padece desde entonces la enfermedad llamada "PARAHEMOFILIA CON DEFICIENCIA DEL FACTOR 7".

Expresó la accionante que el Instituto de Seguros Sociales le prestó a su hijo asistencia médica hasta el 30 de marzo de 1988 y que, de allí en adelante hasta ahora, dicha asistencia se le ha negado en forma absoluta, argumentando que el niño sufre de un mal irreversible.

Manifestó también que la atención requerida por el menor ha tenido que ser asumida por el Hospital Universitario, ante la negligencia del ISS y agregó que la familia es de muy escasos recursos económicos, motivo por el cual a los padres les ha sido imposible, a pesar de su voluntad de hacerlo, sufragar todos los gastos que demande la recuperación de la salud de su hijo.

La actora solicitó al Juez el envío del menor a Medicina Legal con el fin de que el neuropediatra determinara la atención que aquél requiere en cuanto a terapia física, ocupacional y ortopédica.

II. LA DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA

Mediante Sentencia del 18 de agosto de 1994, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Cali resolvió declarar improcedente la acción de tutela.

Se refiere el fallador al artículo 26 del Decreto 770 de 1975, de acuerdo con cuyo tenor literal “los hijos de los asegurados amparados por el seguro de enfermedad general 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”.

La misma norma, citada en el fallo, señala que “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 exista desde el principio pronóstico favorable de curación”.

Indica el Juzgado que, conforme al dictamen médico legal, el padecimiento del menor es “congénito sin pronóstico favorable de curación y el cual requiere de por vida un tratamiento médico adecuado y continuo”.

Estima que el Instituto de Seguros Sociales brindó la atención requerida por el niño “no solamente por el año que establecen las normas que lo gobiernan (...) sino que le hizo prórrogas hasta que el menor cumplió cinco años”.

En tales condiciones -concluye- no resulta prudente tutelar el derecho invocado, “ya que, como se ha venido reiterando, al tratarse de un padecimiento que no ofrece pronóstico favorable de curación”, el Instituto de Seguros Sociales prestó sus servicios “extralimitando el tiempo establecido en la norma”.

III CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y según lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es tribunal competente para revisar el fallo en referencia.

La seguridad social para los niños, un derecho fundamental

Pese al carácter irrenunciable que le atribuye el artículo 48 de la Constitución, el derecho a la seguridad social no tiene en sí mismo -como regla- el carácter de fundamental, excepto en los casos de conexidad, directa y claramente establecida, con derechos de tal naturaleza que puedan ponerse en peligro por la ineficaz o deficiente prestación de aquélla.

Se trata, como lo ha sostenido esta Corte (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-408 del 15 de septiembre de 1994. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz), de un derecho asistencial o prestacional que hace parte de los que la Carta Política distingue bajo la denominación de sociales, económicos y culturales, cuya plena cobertura es para el Estado y para la sociedad un objetivo a cuyo logro deben entregar los mayores esfuerzos, pero en modo alguno resulta exigible con la inmediatez y primacía que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales.

Esta Sala expuso el enunciado criterio así:

“...la extensión de todos los servicios propios de la seguridad social a la totalidad de la población es un objetivo o programa del Estado colombiano, no necesariamente alcanzado por el sólo hecho de haberse promulgado la Constitución de 1991, lo cual explica que ésta misma haya puesto de presente en su artículo 48 que “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” (subraya la Corte).

No se olvide que la seguridad social, integrada por un conjunto de servicios que demandan altos costos y cuantiosas inversiones, está de suyo limitada por las circunstancias materiales dentro de las cuales convive el conglomerado que la demanda.

Ello hace que, mientras se logran los cometidos propuestos, los servicios de la seguridad social deban prestarse dentro de ciertas condiciones y limitaciones, las cuales -según el mandato constitucional- deberán irse adecuando a la ampliación de la cobertura hasta que se alcancen las metas deseadas.

En este orden de ideas, según el régimen vigente, la responsabilidad estatal en la atención de la seguridad social viene a concretarse, para casos específicos, en una determinada entidad con la cual se vincula el protegido en cualquiera de las formas hoy contempladas en la Ley 100 de 1993 y disposiciones concordantes. Es a esa entidad a la cual podrá dirigirse la persona para reclamar la eficiente y plena prestación de sus servicios, desde luego si se cumplen los requisitos legales y los señalados en los reglamentos internos de la misma institución”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-330 del 18 de julio de 1994).

El contenido material de la seguridad social consiste, pues, en un sistema de prestaciones que se concretan en cabeza del sujeto protegido dentro de condiciones fijadas por la Constitución y por la ley, dadas ciertas situaciones previstas por la normatividad y previo el cumplimiento de los requisitos que ésta contemple.

No obstante, en la Constitución ha sido señalado de manera expresa el caso de los niños, cuyo derecho a la seguridad social es fundamental y susceptible, por tanto, de ser reclamado, mediante el ejercicio de la acción de tutela, de manera inmediata aunque no incondicional.

Ello es así por cuanto el artículo 44 de la Carta enuncia este derecho entre los que se reconocen a los niños con carácter prevalente, a la par que el 48 supedita la prestación del correspondiente servicio público a los términos y forma que determine la ley.

La Sala Plena de la Corte, en el aludido fallo, dejó en claro que el trato especial otorgado por el Ordenamiento a los menores tiene el alcance de una preeminencia o primacía, que debe su razón de ser, como esta Sala lo ha advertido reiteradamente, a las condiciones de debilidad e indefensión que los caracteriza, dada la crucial etapa de formación física y mental por la que atraviesan, y a la promesa que su sana supervivencia representa para la sociedad del futuro.

Es evidente que las obligaciones radicadas en las entidades y organismos, públicos y privados, que tienen a su cargo la seguridad social se intensifican y amplían en la medida en

que estén de por medio la salud y la vida de los niños, por lo cual, tratándose de ellos, aumentan de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución.

Ello se refleja a nivel internacional en la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Colombia y aprobada mediante la Ley 12 de 1991, y en el orden interno en la clara advertencia del Decreto Ley 1298 de 1994, mediante el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyo artículo 10 establece:

“Artículo 10. Derecho a la seguridad social para los niños. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 12 de 1991, el Estado reconocerá a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, y adoptará las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación vigente”.

La seguridad social cuando se trata de afecciones que admiten procedimientos encaminados a la recuperación de la salud.

Tanto el Decreto 770 de 1975, que venía rigiendo y fue invocado en este caso por el Instituto de Seguros Sociales y por el Juez de instancia, como la normatividad recientemente expedida en desarrollo de la Ley 100 de 1993, adoptan como criterio aplicable a la extensión de la asistencia médica y hospitalaria para los menores hijos del afiliado el de las posibilidades de restablecimiento de la salud, aunque bajo los conceptos, diversos entre sí, de curación y recuperación de las enfermedades que padezcan.

El artículo 26 del estatuto primeramente mencionado estipulaba con toda claridad que, diagnosticada una dolencia durante el primer año de edad, el hijo del asegurado tendría derecho, en cualquier tiempo, a todas las prestaciones asistenciales necesarias, cuando a juicio del servicio médico existiera desde el principio “pronóstico favorable de curación”.

En Sentencia T-068 del 22 de febrero de 1994, la Sala expuso:

“El entendimiento de la norma no puede ser (...) el de que la entidad de seguridad social esté autorizada para interrumpir un tratamiento a quien estaba derivando de él evidentes progresos (...), con mucha mayor razón si (...) es factible obtener mejoría del paciente mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias. No podría aceptarse constitucionalmente que fuera lícito y permitido a un organismo de seguridad social del Estado desentenderse absolutamente del tratamiento y los cuidados que requiere un paciente cuya salud, de manera necesaria, habrá de sufrir notables detrimentos si aquél se interrumpe; menos si el daño causado por la interrupción de la asistencia médica, fisioterapéutica u hospitalaria puede llegar al punto en que la calidad de vida de la persona resulte seriamente degradada”.

En esa misma providencia se destacó que la curación implica el conjunto de procedimientos para tratar una enfermedad o afección.

Al establecer el Plan de Salud Obligatorio, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 cobijó como beneficiarios a los hijos menores de 18 años que hagan parte del núcleo familiar y que

dependan económicamente del afiliado, y a los mayores de 18 con incapacidad permanente, así como a los menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y tengan la aludida relación de dependencia.

Este principio está ratificado en el Decreto Ley 1298 de 1994, artículo 51.

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.

El caso concreto

Ha sido probado que el niño ALEXANDER PINO MOSQUERA, quien está cubierto por el servicio del Seguro Social, como miembro de familia de un afiliado, sufre desde su nacimiento de la enfermedad denominada “parahemofilia con deficiencia del factor 7”, que se ha

diagnosticado como incurable pero que, dadas sus características, admite y exige adecuado tratamiento médico para el sostenimiento de la vida del menor.

En efecto, según el dictamen rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el mal que lo afecta representa “alteración en la forma de coagulación de la sangre, que consiste en un defecto en el Factor VII (los factores van del I-XII), el cual depende de los niveles de vitamina K para su actividad y funcionamiento”.

“La alteración de este Factor VII -agrega el experticio- produce aumento considerable en el tiempo de coagulación y hace que lesiones mínimas (raspaduras, pequeños golpes) se conviertan en un peligro grande para la vida por cuanto la hemorragia es excesiva y su manejo debe hacerse con vitamina K y plasma fresco en forma inmediata”. (Subraya la Corte).

El concepto clínico resalta que la alteración es congénita y que se manifiesta también por sangrados nasales y tracto gastrointestinal, lo cual agrava las posibilidades de hemorragias y exige controles más estrictos, a fin de preservar la vida del menor.

Según Medicina Legal, “ante una alteración tan importante como es la de la forma y calidad de coagulación sanguínea, comprometiendo la vida del que la padece, su atención debe ser acuciosa en los episodios hemorrágicos y regularmente durante toda la existencia de quien aqueja este mal”.

De la prueba practicada, cuyos términos hacen explícita la gravedad del caso, concluye la Corte que no sólo se halla en juego la salud del niño sino que una deficiente atención médica y, peor aún, la falta de ella, ponen en grave peligro su vida.

Están comprometidos, entonces, los derechos fundamentales de ALEXANDER PINO en forma evidente.

Por otro lado, no resulta admisible la excusa alegada por el Instituto de Seguros Sociales, según la cual se ha limitado a aplicar el artículo 26 del Decreto 770 de 1975 por razón de no existir desde el principio un pronóstico favorable de curación, puesto que la prestación de los servicios médicos y asistenciales que requiere el menor para subsistir está regida hoy por conceptos diferentes. Los ya resaltados términos del Decreto 1938 de 1994 justifican la asistencia médica en los supuestos que su artículo 15, literal m), contempla expresamente cuando alude a las posibilidades de recuperación -evidente en este caso, por cuanto, aplicada la vitamina K, el plasma fresco y los procedimientos antihemorrágicos de manera oportuna, se restablece la salud del paciente- y a la “terapia paliativa para el dolor, la disfuncionabilidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento”.

La negativa del Seguro es contraria a la preferencia constitucional reservada para los derechos del niño y contradice las condiciones legales y reglamentarias que, para casos como el controvertido, vienen a delimitar la prestación de la seguridad social según el artículo 48 de la Constitución, con lo cual ese organismo, a partir del momento en que suspendió la atención médica y clínica que necesita el hijo de la accionante en defensa de su vida, ha venido evadiendo el carácter obligatorio del servicio público que se le ha confiado.

Se revocará la Sentencia revisada y, en su lugar, se concederá la tutela, impartiendo al Seguro Social la orden de reanudar inmediatamente la prestación de los servicios médicos, asistenciales y hospitalarios que, en la medida de sus necesidades y según la afección que padece, corresponden al menor PINO MOSQUERA.

DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal de Cali el dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Segundo.- CONCEDER la tutela solicitada por MARIA ANGELA MOSQUERA a nombre de su hijo ALEXANDER PINO MOSQUERA.

En consecuencia, ordénase al Instituto de Seguros Sociales -Seccional Valle- que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del presente fallo, reanude el tratamiento, los controles periódicos y la integridad de las prestaciones médicas, asistenciales y hospitalarias que requiere ALEXANDER PINO MOSQUERA.

Tercero.- Líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General