

Sentencia T-120-09

Referencia: expediente T-2076076

Acción de tutela interpuesta por la señora Adanith Tuirán Montiel, en calidad de agente oficioso de la menor Milagro Vega Tuirán, contra Saludvida E.P.S.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Clara Elena Reales Gutiérrez (E), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Momil, Córdoba, en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora Adanith Tuirán Montiel en calidad de agente oficioso de la menor Milagro Vega Tuirán, contra Saludvida E.P.S.

I. ANTECEDENTES.

La señora Adanith Tuirán Montiel, en calidad de agente oficioso de la menor Milagro Vega Tuirán, interpone el trámite de la presente acción de tutela, al considerar que Saludvida E.P.S. vulneró los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la igualdad de la menor Milagro. La solicitud de amparo se fundamenta en los siguientes:

1. Hechos.

Relata que su sobrina, la menor Milagro Vega Tuirán, no puede actuar por sí misma para

la defensa de sus derechos fundamentales, dado que tiene cinco años, y además sus padres se encuentran fuera de la localidad donde habita.

Manifiesta que la menor padece una patología en la visión, razón por la cual el oftalmólogo de la E.P.S. accionada en consulta de fecha junio 11 de 2008, le ordenó cirugía de estrabismo bilateral, la cual fue negada.

Asevera que si la cirugía se realiza de manera particular, ascendería a un costo aproximado de tres millones de pesos, “los cuales están muy lejos del alcance de las posibilidades económicas de los padres de la menor”, por cuanto su capacidad económica se encuentra catalogada en el nivel uno de la encuesta SISBEN.

Por lo anterior, acude a este mecanismo con el objeto que se amparen sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la igualdad, sin esbozar alguna pretensión específica.

1. Trámite procesal.

El día 10 de julio de 2008, el Juzgado Promiscuo Municipal de la ciudad de Momil, Córdoba, ordenó correr traslado de la acción de tutela a la E.P.S. Saludvida, quien, no obstante, vencido el término para tal efecto, omitió dar informe acerca de la solicitud de amparo presentada en su contra.

1. Pruebas.

A continuación se relaciona el material probatorio relevante que obra en el expediente:

* Copia de historia clínica de la menor (folio 3 del cuaderno principal).

* Copia de formato de negación de servicios y/o medicamentos de la cirugía de estrabismo de la menor, por no encontrarse cubierta en el POS-S, el cual fue realizado por Saludvida E.P.S. en junio 26 de 2008 (folio 4 del cuaderno principal).

* Copia de registro civil de nacimiento de la menor Milagro Vega Tuirán (folio 5 del cuaderno principal).

* Copia del carné proveniente de Saludvida E.P.S., en el que se acredita que la menor Milagro Vega Tuirán, pertenece al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud (folio 6 del cuaderno principal).

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Momil, Córdoba, mediante sentencia de fecha julio 29 de 2008, denegó la protección.

Indica que la cirugía de estrabismo bilateral prescrita por el médico tratante de la menor fue negada por parte de la E.P.S. demandada, por cuanto la misma no se encontraba en el POS-S.

Por tanto, sostiene que la prestación del servicio le corresponde, por ley, a la Secretaría de Salud del Departamento de Córdoba mediante el subsidio a la oferta, entidad que no amenaza los derechos fundamentales invocados, aún tratándose de una menor, como quiera que no se hubiere presentado ante ella ninguna solicitud acerca de un servicio no POS-S. Asimismo, esgrime que “el procedimiento requerido no compromete la vida o integridad de la persona de manera inminente”, máxime cuando es necesario requerir previamente la cirugía ante la entidad territorial respectiva.

La anterior sentencia no fue impugnada.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Planteamiento del problema jurídico.

Teniendo en cuenta los antecedentes planteados, la Sala debe entrar a establecer si se vulneran los derechos fundamentales de la menor Milagro Vega Tuirán, por la negativa de la entidad demandada para la prestación de la cirugía de estrabismo bilateral prescrita por su médico tratante, aduciendo para tal efecto que ello se encontraba excluido del POS-S.

Por consiguiente, con el objeto de solucionar el problema jurídico, la Sala estima que es preciso reiterar la jurisprudencia constitucional respecto de: (i) la protección del derecho constitucional fundamental a la salud por vía de tutela; y, (ii) las reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS.

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

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

A partir de la Sentencia T-858 de 2003, la Corte consideró que el derecho a la salud es

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

“En efecto, las EPS tienen el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS, entendido éste como el “conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS”.¹ (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior está fundamentado en el artículo 8 del Decreto 806 de 1998, que contempla que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”. (Subrayado fuera del texto original).

Con posterioridad, la Corte le ha reconocido a la salud el carácter de derecho fundamental. Ha reconocido que la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por este son tutelables, dado que los derechos no son absolutos y pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia. Por cuanto la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por una acción de tutela son cuestiones diferentes y separables².

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

Al respecto se señaló:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende -ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).

“Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios -económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)”. Subrayado fuera del texto original.

Acertadamente, la jurisprudencia de la Corte, para establecer la fundamentalidad del derecho a la salud, se ha apoyado de instrumentos internacionales de distinto orden,³ por ejemplo por lo estipulado en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”. ” Subrayado por fuera del texto original.

En el mismo sentido, la Constitución de 1991, contempla estos criterios cuando en el artículo 49, estipula:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

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

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

“...En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio⁴. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.

“(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela⁵. No obstante, en una decantada línea que

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

Negrillas fuera del texto original.

En efecto, la Corte ha considerado que en materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela, una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado. Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección.⁶

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

1. Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS. Reiteración de jurisprudencia.

El modelo de seguridad social en salud previsto en la Constitución Política está fundado en la eficacia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Art. 48 C.P.). Esto significa que el suministro de prestaciones médico asistenciales, al igual que la ejecución de programas de promoción y prevención, deben tener por objeto principal garantizar los derechos fundamentales intrínsecamente ligados con el mantenimiento de las condiciones de salud, bajo un marco que garantice la ampliación progresiva de la cobertura.

Estas metas del sistema de salud dependen, entre otros factores, del uso adecuado de los recursos económicos que ingresan al mismo y la solidaridad entre los sujetos que proveen las distintas fuentes de financiación, especialmente el Estado, los empleadores, los trabajadores y los pensionados. El reconocimiento del carácter limitado de los recursos del sistema lleva, de este modo, a la determinación de mecanismos legales que optimicen su ejecución. Entre estos instrumentos se encuentra la delimitación de las prestaciones exigibles a las empresas administradoras del sistema, a través de la fijación del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

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

Ante la existencia de esa posibilidad fáctica, la Corte ha definido subreglas jurisprudenciales precisas sobre los requisitos que deben cumplirse para que el juez constitucional, ante la situación específica, proceda a inaplicar las normas que definen el contenido del POS o el POS-S, en su lugar, ordene el suministro de la o las prestaciones excluidas.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la acción de tutela es procedente para lograr una orden de protección de esta naturaleza cuando concurren las siguientes condiciones:

- “i) [Que] Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna”.
- ii) [Que] el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido;
- iii) [Que] el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y
- iv) [Que] estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.”⁷

No obstante, en relación con el cumplimiento del primer requisito, la intensidad de su comprobación debe modularse para el caso en que los afectados sean sujetos de especial protección. Ello debido a la protección especial que la constitución les brinda y al carácter fundamental que tiene el derecho a la salud. Desde esta perspectiva, el requisito en comento resultará acreditado cuando la ausencia de la prestación médico asistencial involucre una afectación del bienestar físico, mental o social de las personas que por mandato constitucional cuentan con una protección especial.

Si se cumplen las precedentes condiciones, las entidades encargadas de prestar el servicio que pertenezcan al régimen contributivo, deberán suministrar la prestación que se requiera y con el fin de preservar el equilibrio financiero la Corte, ha señalado que tendrán la posibilidad de recobrar contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1122 de 20078, el tema

del recobro total al Fosyga es revaluado, ya que en la referida Ley se estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.

(...)

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.

Pues bien, en la Sentencia C-463 de 2008, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró exequible el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, en el entendido” de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes”.

La sentencia basó sus argumentos por cuanto el aparte de la norma excluía a ciertos grupos de personas o usuarios del sistema general de salud de la posibilidad de acceder a la prestación de servicios de salud cuando estos no estén cubiertos por el POS, a saber: (i) en primer lugar, excluía de la prestación de los servicios de salud no incluidos en el POS a aquellas personas que se encontraren en situación de padecer enfermedades que no fueren catalogadas como de alto costo; (ii) en segundo lugar, solo consagraba el beneficio para medicamentos de enfermedades de alto costo, excluyendo todos los demás

servicios de salud no POS; y, (iii) excluía por completo de los servicios no incluidos en el POS-S a los usuarios del régimen subsidiado.

Al respecto, indicó:

“Esta Sala encuentra entonces que las expresiones demandadas “de alto costo” y “del régimen contributivo” contenidos en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, violan el carácter fundamental del derecho a la salud, esto es, su universalidad, en cuanto el legislador excluye del beneficio otorgado a los usuarios del sistema general de salud, consistente en acceder a las prestaciones No-POS, a aquellos usuarios que padecen otro tipo de enfermedad distinta a aquellas enfermedades catalogadas como de “alto costo”, así como a los usuarios del Régimen Subsidiado de salud, que por lo demás son los usuarios con menos recursos económicos, frente a los cuales el Estado tiene una obligación positiva de promoción y protección especial, lo cual hace todavía más gravosa la vulneración anotada.”

(...)

Evidencia entonces la Sala, que la disposición acusada entraña una protección deficiente del derecho a la salud, ya que el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 del 2007 sólo prevé el beneficio contemplado en dicha disposición para los usuarios que se encuentren en la situación fáctica de padecer enfermedades “de alto costo”, de estar afiliados al “régimen contributivo” y sólo en relación con “medicamentos” no incluidos en el plan de beneficios de tal régimen, lo cual en forma consecuente excluye de la prestación de servicios No-POS a los usuarios que se encuentren en la situación fáctica de padecer enfermedades no catalogadas como “de alto costo”, de estar afiliados al Régimen Subsidiado y en relación con todas las clases y tipos posibles de prestaciones en salud, como medicamentos, diagnósticos, procedimientos, tratamientos, cirugías, intervenciones, o cualquier otro tipo de prestación en salud, que de conformidad con el criterio del médico tratante sea necesaria para la promoción, protección o recuperación de la salud, de conformidad con los artículos 48 y 49 Superiores.

Indicó que ello cobraba especial importancia para los afiliados del régimen subsidiado y hace mayormente exigible “una protección igualitaria en materia de salud con los afiliados al Régimen Contributivo, así como en relación con las prestaciones no

cubiertas por el Plan Obligatorio en Salud, por cuanto se trata de “una población con menores recursos económicos y por tanto en condiciones de especial debilidad y vulnerabilidad”

Así pues, dispuso que en el evento en que la solicitud no fuere aprobada por la E.P.S., no se estudiare oportunamente, o, no se tramitare la misma ante el respectivo comité; y por ello, la persona se viere obligada a acudir a la acción de tutela para lograr el suministro del servicio, se imponía, con base a la norma transcrita, que los costos que se originen por dicha prestación deben ser cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga, en el régimen contributivo

En el caso de que las entidades pertenezcan al régimen subsidiado, conforme quedó plasmado en la precitada sentencia, el costo de los servicios médicos no contemplados en el POS, deberá entenderse en el sentido que “la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001”.

1. Caso concreto.

5.1. Antes de abordar el fondo del problema jurídico planteado, es preciso realizar algunas acotaciones acerca de la legitimación por activa en el presente asunto.

La señora Adanith Tuirán Montiel interpone la acción de tutela, como agente oficioso de la menor Milagro Vega Tuirán, precisando que es su tía, y que sus padres no se encuentran en la localidad donde ambas residen.

La Corte ha explicado que cuando se agencian los derechos fundamentales de menores de edad, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, y por tanto no interesa realmente una especial calificación del sujeto que promueve la solicitud de amparo. En esta medida, no es forzosa la manifestación acerca de que el afectado no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, pues ello puede ser obvio tratándose de niños.¹⁰

En el asunto objeto de revisión, la afectada tiene seis años, tal y como se desprende de

su registro civil de nacimiento (folio 5 del cuaderno principal). En razón de su corta edad, la Sala estima que la menor no está en condiciones ni físicas, ni mentales para demandar la protección de sus derechos fundamentales, y por consiguiente, se reúnen los requisitos señalados en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 para reconocer a la señora Tuirán como agente oficiosa de la menor Milagro Vega Tuirán.¹¹

5.2. En el caso sub judice, la agente manifiesta que: (i) la menor padece de una patología en sus ojos, (ii) su médico tratante, el día 11 de junio de 2008, le ordenó la cirugía de estrabismo bilateral (iii) la misma fue negada por la entidad demandada, (iii) la cirugía asciende a un costo de tres millones de pesos si se realiza de manera particular, lo cual está fuera del alcance de los ingresos de los padres de la menor, puesto que según la encuesta SISBEN, fueron catalogados en el nivel 1 de pobreza.

Así pues, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, y a la igualdad de la menor. Desde este panorama, y desde la descripción de los hechos que se presentan en el escrito de la demanda de tutela, la Sala estima que la protección de amparo consiste en determinar si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para ordenar la autorización del procedimiento de estrabismo bilateral a la niña Tuirán, el cual fue prescrito por su médico tratante.

Al respecto, es preciso recordar que el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 señala que el juez puede requerir informes a la autoridad demandada, cuya omisión injustificada le acarrea responsabilidad. En efecto, el artículo 20 dispone que si dicho informe no es rendido dentro del plazo otorgado para tal efecto, se tendrán por ciertos los hechos presentados y se resolverá de plano la acción, a menos que el operador jurídico estime conveniente otra averiguación previa, hipótesis en el cual decretará y practicará las pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión de fondo.¹²

La presunción de veracidad se concibió como un mecanismo con el cual se sanciona el desinterés y la negligencia de las autoridades o del particular contra quienes se ha incoado la acción de tutela, por cuanto se ha estimado que el trámite constitucional no puede verse supeditado a dicha respuesta y es necesario que el mismo continúe su curso.

En este sentido, la presunción de veracidad obedece al desarrollo de los principios de

inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela, y se orienta a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales y el cumplimiento de los deberes que la Carta Política le ha impuesto a las autoridades estatales (Artículos 2, 6, 121 y 123 C.N.).¹³

Sobre este punto, es importante tener en cuenta que las aseveraciones de la agente no fueron controvertidas por la entidad prestadora demandada, quien además no rindió el informe solicitado por el juez de instancia. Por tanto, la Sala debe dar aplicación a la presunción de veracidad, de tal forma que la valoración de los hechos presentados por la agente deben ser estudiados en el marco de la presunción de veracidad que corre contra la entidad demandada, los cuales debieron ser desvirtuados por esta última, quien no se pronunció al respecto, ni justificó tal omisión, guardando absoluto silencio frente al requerimiento que le hizo el juez de única instancia mediante el auto que admitió el recurso de amparo de fecha julio 03 de 2008.

No obstante, aún cuando en el asunto sometido a revisión se deba dar aplicación a la presunción de veracidad, la Sala analizará las circunstancias del caso sub limine con el fin de determinar si se cumplen las reglas jurisprudenciales para obtener prestaciones excluidas del POS-S.

5.3. Lo primero que hay que advertir es que corresponde a Saludvida E.P.S. la prestación del servicio de salud a la afectada. Lo anterior se desprende del carné de afiliación al sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado otorgado por dicha entidad (folio 6 del cuaderno principal).

5.4. En segundo lugar, la Sala estima que se cumplen las reglas jurisprudenciales para el acceso al procedimiento que requiere la menor, por las razones que pasan a exponerse.

De la historia clínica que obra en el expediente (folio 3 del cuaderno principal) se observa que la menor consultó a un médico oftalmólogo en junio 06 de 2008, quien ordenó una nueva valoración. En junio 11 de 2008, el médico tratante concluyó que la afectada “requiere cirugía de estrabismo bilateral”.

Por tanto, el galeno no tuvo en consideración ningún otro procedimiento o tratamiento para contrarrestar la patología que la aqueja, con lo que se puede inferir que

es la alternativa médica que mejor se adecua para poner fin a las afecciones ocasionadas por el estrabismo, situación que además no fue controvertida por la E.P.S. accionada.

De igual manera, es necesario indicar que para esta época la afectada tenía cumplido los cinco años de edad, pues su fecha de nacimiento es en febrero 23 de 2003. Esta salvedad se hace por cuanto el Acuerdo 000306 de 2005, por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, dictado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, informa en su numeral cuarto del artículo segundo, que se encuentra en dicho plan la:

“Atención de los casos con diagnóstico de estrabismo en menores de cinco años, quirúrgica, no quirúrgica, ambulatoria, con hospitalización, diagnóstica y terapéutica, incluyendo la atención de las complicaciones inherentes al estrabismo y a su tratamiento. Una vez cumplidos los 5 años de edad, se garantizará la atención para el procedimiento quirúrgico de corrección de estrabismo, siempre y cuando hayan sido formulados por el médico tratante y debidamente solicitados ante la ARS antes de cumplir dicha edad.”

De cara a la norma transcrita, hay que admitir que el procedimiento que requiere la menor, en su caso particular, se encuentra excluido del POS-S, aún cuando el mismo fue ordenado unos meses posteriores a la llegada de sus cinco años, por cuanto la disposición, al establecer un límite temporal, solo garantiza el procedimiento de corrección de estrabismo (i) a menores de cinco años de edad, o, (ii) cuando el mismo hubiere sido formulado por el médico tratante y debidamente solicitado a la EPS-S antes de haber cumplido cinco años.

Esta Corporación, en un caso de similar contenido fáctico, solicitó dictamen al Instituto de Medicina Legal, quien rindió concepto de manera general sobre el estrabismo y las condiciones de su tratamiento. Con base en ello, la Corte estimó:

“De este concepto la Corte considera que es posible inferir (i) que la corrección del estrabismo depende en buena medida de que el tratamiento sea constante y que se inicie de manera temprana; y (ii) que la potencialidad de cada paciente para alcanzar un resultado favorable, en relación con la mejoría de la agudeza y la función visual, es diferente.”¹⁴

De igual manera, indicó que la recuperación de la función visual permitía a las personas disfrutar una mejor condición de vida, lo cual es un “presupuesto para el ejercicio de las plenas facultades vitales.”

En igual sentido, la sentencia T-1209 de 2003,¹⁵ estudió el caso de una menor que padecía estrabismo. En la misma, se señaló que la patología impedía que la niña desarrollara de forma adecuada su visión, lo cual además afectaba su capacidad de aprendizaje y sus procesos de integración social.

Visto lo anterior, es claro que en el presente asunto la negativa de la entidad prestadora demandada vulnera los derechos fundamentales de la salud a la menor Milagro, dado que la enfermedad que la aqueja se constituye en una limitación para su desarrollo físico y psíquico, mas aún cuando es necesario que la patología sea tratada de manera temprana y constante.

Ahora bien, respecto a la falta de capacidad económica como requisito para reconocer prestaciones que no se encuentren en el POS, es preciso señalar que la agente aseveró que los padres de la menor no tenían recursos económicos para cubrir la cirugía, dado que su nivel de pobreza se encontraba clasificado en el nivel 1 de la encuesta SISBEN.¹⁶

Así pues, se debe presumir la buena fe de la agente respecto de la afirmación relativa a la carencia de recursos económicos del núcleo familiar de la afectada, máxime cuando sus aseveraciones deben ponderarse en cuanto a que no fueron controvertidas por la entidad, quien siquiera contestó el informe solicitado por el juez de única instancia. De esta manera, sobre este punto cobra fuerza la presunción de veracidad que corre contra la E.P.S.

Adicionalmente, hay que resaltar que en el carné que obra en el expediente, se indica que la menor Milagro fue catalogada en el nivel 1 de la encuesta SISBEN. Precisamente, la ley 1122 de 2007, atendiendo a la falta de capacidad económica en la que se encuentran quienes están clasificados en dicha categoría, dispone que no se les puede exigir ni copagos ni cuotas moderadoras.

5.5. Conforme a lo expuesto, en el caso objeto de revisión se cumplen plenamente

todos los presupuestos jurisprudenciales para ordenar prestaciones excluidas del POS-S. Por ello, la Sala estima imprescindible la intervención del juez constitucional para el restablecimiento y la protección de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de la menor. En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Momil, Córdoba, y en su lugar, se ordenará que la E.P.S. Saludvida, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar la cirugía de estrabismo bilateral a la niña Milagro Tuirán Vega, la cual fue prescrita por su médico tratante.

Finalmente, se resalta que la E.P.S. demandada no presentó ante el Comité Técnico Científico la autorización del servicio no POS-S aquí estudiado y fue necesaria la interposición de la acción de tutela para obligarla a la prestación del procedimiento que requiere la menor. Teniendo en cuenta lo anterior y en lo dispuesto en la sentencia C-463/08, se advertirá a la E.P.S. Saludvida que podrá recobrar contra el Estado, específicamente, contra la entidad territorial correspondiente de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 de 2001, los gastos en los que incurra por el cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y de los que no esté legalmente obligada a asumir, con la salvedad que el monto será cubierto por partes iguales entre Saludvida y la entidad territorial respectiva.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Momil, Córdoba el día 29 de julio de 2008. En su lugar, Conceder la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social de la menor Milagro Vega Tuirán.

Segundo.- Ordenar a la E.P.S. Saludvida, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar la cirugía de

estrabismo bilateral a la niña milagro Tuirán Vega, prescrita por su médico tratante.

Tercero.- Advertir a la E.P.S. Saludvida que podrá repetir contra el Estado, específicamente contra la entidad territorial correspondiente de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 de 2001, por los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta providencia y de los que no esté obligada legalmente a asumir, con la salvedad que el monto será cubierto por partes iguales entre Solsalud E.P.S. y la entidad territorial correspondiente, según los lineamientos trazados en la sentencia C-463/08.

Cuarto.- Líbrense, por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, en la forma y para los efectos allí contemplados.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Artículos 162 y 177 Ley 100 de 1993, artículo 7 Decreto 806 de 1998.

2 Ver sentencia T-016 de 2007.

3 Entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

4 Sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

5 Sentencia T-557 de 2006.

6 Ver sentencia T-016 de 2007

8 Ley 1122 de 2007 (enero 9). Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

9 A partir de la ley 1122 de 2007, deben entenderse como EPS del régimen subsidiado, las anteriormente denominadas Administradoras del Régimen Subsidiado-ARS-.

10 Cfr. Auto 006 de 1996.

11 El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona que considere violados o amenazados sus derechos fundamentales, quien podrá actuar directamente o a través de representante. Pero la norma contempla, además, la figura de la agencia oficiosa al establecer: “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”. De acuerdo con la amplia jurisprudencia desarrollada

por esta Corporación, la figura de la agencia oficiosa tiene lugar (i) cuando la persona invoque de manera expresa su utilización o ello se desprenda claramente del relato formulado, y (ii) cuando efectivamente se acredite la imposibilidad de acudir personalmente en procura de los derechos.

12 Cfr. T-232 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

13 Sentencia T-633 de 2003 MP. Jaime Córdoba Triviño.

14 Sentencia T-682 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

15 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En igual sentido, veáse la sentencia T-299 de 2003, M.P. Álvaro Araujo Rentería.

16 Sobre este aspecto, la sentencia T-517 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dispuso: “Téngase en cuenta que la prueba de la incapacidad económica de los accionantes es un tema recurrente en el trámite de las solicitudes de amparo constitucional referidas a la violación del derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud, por la no prestación de los servicios médicos, por el acceso a medicamentos, porque hay servicios que no se encuentran en el listado del POS o POSS, porque los tutelantes no cumplen con los períodos mínimos de cotización y no tienen los medios económicos para cubrir el valor proporcional de las semanas faltantes; o también porque no tienen la capacidad para pagar las cuotas moderadoras, los copagos o las cuotas de recuperación. La jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario, lo cual tiene fundamento constitucional en el artículo 83 de la Constitución Nacional.”