

Sentencia T-1211/03

Cuando la persona requiera un servicio médico específico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, del que dependan derechos fundamentales como la vida o la integridad física, corresponde en el régimen contributivo a la EPS prestarlo directamente, con el derecho de repetir contra el Estado a través del Fosyga. La Corte Constitucional ha señalado que corresponde al juez constitucional ordenar que se preste un tratamiento médico cuando (i) la falta de la prestación del servicio vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento. En virtud del derecho fundamental a la salud del menor en cuestión y de que existe un concepto médico que señala la necesidad de practicar el examen para determinar si el niño tiene o no síndrome de Down, el del hijo de la accionante tiene derecho a ser evaluado y a ser oportunamente diagnosticado, lo cual comprende la posibilidad de acudir por los médicos tratantes de la EPS a la que se encuentra afiliado, para que lo valoren y den un concepto definitivo sobre la pertinencia o no del examen; en casos similares la Corte ha impartido órdenes parecidas. En otras palabras, el ámbito de protección del derecho a la salud supone la garantía de tener acceso a un médico competente y adscrito a la entidad a la cual se encuentra afiliada la persona, en tanto haya bases fundadas para suponer que se tiene una enfermedad que debe ser oportunamente diagnosticada. En todo caso, es preciso indicar que si el examen llega a ser ordenado y la madre no cuenta con los recursos económicos para costearlo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la especial protección que brinda la Constitución al derecho fundamental de los niños a la salud (en especial cuando se trata de afecciones como el síndrome de Down), el examen deberá ser practicado, y luego, en caso de tener dicha enfermedad, se le deberán brindar todos los servicios médicos que requiera.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-779444

Acción de tutela instaurada por Edith Patricia Leguía Morales en representación de su hijo contra Salud Total EPS

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C. once (11) de diciembre de dos mil tres (2003).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. Edith Patricia Leguía Morales, actuando en representación de su hijo recién nacido prematuramente, solicitó a Salud Total EPS que autorizará la práctica del examen cariotipo, con el objeto de establecer si su hijo sufre o no síndrome de Down. Sin embargo la entidad rechazó la solicitud porque el examen no se encuentra previsto dentro del POS.

2. El Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla, en sentencia de abril 3 de 2003 negó la protección solicitada a favor del hijo de la señora Edith Patricia Leguía Morales. Consideró que “(e)l presente caso se contrae a la solicitud de la accionante para que la EPS Salud Total realice un examen llamado cariotipo, la cual se niega a realizarlo por no encontrarse cubierto por el POS. Sin embargo a pesar de que los derechos del menor tienen prelación sobre los derechos de los demás, incluyéndose el derecho a la salud que la Corte Constitucional en sentencia T-560/98 dice que “...es un derecho fundamental única y exclusivamente tratándose de menores de edad...” no obra en el plenario la autorización de dicho examen por parte del médico tratante ni tampoco viene probado que la accionante carece de los recursos necesarios para realizar el tratamiento a que se refiere en el libelo de tutela, de pecunio propio, condiciones que vienen establecidas jurisprudencialmente para proteger derechos fundamentales cuando el tratamiento o procedimiento médico no se encuentra incluido en el POS o no cuenta con el número de semanas cotizadas (...) Así las cosas mal puede el Despacho proteger un derecho cuya vulneración no viene demostrada y menos ordenar la práctica de un procedimiento médico cuya aplicación desconoce. Por tales razones

deviene negar la presente tutela.”

3. El 24 de junio de 2003, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla resolvió confirmar el fallo de primera instancia, por cuanto “la orden del examen fue expedida por un médico que no se encuentra adscrito a la EPS Salud Total y además, después de fallada la acción de tutela. Por otra parte, tampoco durante el trámite de la tutela la accionante alega su imposibilidad económica para cubrir el monto de la prueba indicada.”

4. En el presente caso, debe la Sala establecer si Salud Total EPS ha desconocido el derecho fundamental a la salud del hijo de la accionante por negarse a realizar el examen cariotipo, en razón a que éste no se encuentra contemplado dentro del Plan Obligatorio de Salud, a pesar de que al inicio del trámite de tutela no se alegó la falta de capacidad económica sino sólo hasta el momento de la impugnación y a que la solicitud se sustenta con la orden de un médico que no pertenece a Salud Total EPS y a que fue expedida con posterioridad a la fecha en que se profirió el fallo de primera instancia.

5. Según reiterada jurisprudencia constitucional, cuando la persona requiera un servicio médico específico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, del que dependan derechos fundamentales como la vida o la integridad física, corresponde en el régimen contributivo a la EPS prestarlo directamente, con el derecho de repetir contra el Estado a través del Fosyga. La Corte Constitucional ha señalado que corresponde al juez constitucional ordenar que se preste un tratamiento médico cuando (i) la falta de la prestación del servicio vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento. (Entre otras, la sentencia T-1204 de 2000; M.P. Alejandro Martínez Caballero) Específicamente, cuando se trata del derecho fundamental a la salud de los niños y de las niñas (artículo 44, CP), la Corte ha señalado en sentencias como la T-972 de 2001 que “cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el P.O.S-S., ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está

afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del Fosyga. Decisión que ha sido ya objeto de reiteración en casos posteriores de similares supuestos.¹

6. En el presente caso, en la medida en que no se cuenta con dos de las condiciones exigidas por la jurisprudencia, a saber, la prueba de la incapacidad económica y la orden de un médico adscrito a la entidad de salud demandada (Salud Total EPS), no es posible entonces para el juez de tutela ordenar la práctica del examen cariotipo. En ese sentido, coincide la Sala de Revisión con la decisión de los falladores de instancia de no ordenar la práctica del examen.

7. Sin embargo, en virtud del derecho fundamental a la salud del menor en cuestión y de que existe un concepto médico que señala la necesidad de practicar el examen para determinar si el niño tiene o no síndrome de Down, el del hijo de la accionante tiene derecho a ser evaluado y a ser oportunamente diagnosticado, lo cual comprende la posibilidad de acudir por los médicos tratantes de la EPS a la que se encuentra afiliado, para que lo valoren y den un concepto definitivo sobre la pertinencia o no del examen; en casos similares la Corte ha impartido órdenes parecidas.² En otras palabras, el ámbito de protección del derecho a la salud supone la garantía de tener acceso a un médico competente y adscrito a la entidad a la cual se encuentra afiliada la persona, en tanto haya bases fundadas para suponer que se tiene una enfermedad que debe ser oportunamente diagnosticada. En todo caso, es preciso indicar que si el examen llega a ser ordenado y la madre no cuenta con los recursos económicos para costearlo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la especial protección que brinda la Constitución al derecho fundamental de los niños a la salud (en especial cuando se trata de afecciones como el síndrome de Down), el examen deberá ser practicado, y luego, en caso de tener dicha enfermedad, se le deberán brindar todos los servicios médicos que requiera.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar parcialmente el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso de la acción de tutela instaurada por Edith Patricia Leguía

Morales en representación de su hijo contra Salud Total EPS, y conceder, parcialmente, la protección del derecho fundamental a la salud del hijo de Edith Patricia Leguía Morales.

Segundo. Ordenar a Salud Total EPS que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, se tomen las medidas necesarias, si no se ha hecho aún, para que el hijo de Edith Patricia Leguía Morales sea valorado por un médico especialista de Salud Total EPS y decida si el menor requiere o no el examen cariotipo, caso en el cual deberá Salud Total EPS tomar las medidas necesarias para que este sea realizado a la mayor brevedad posible, de acuerdo a lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Este precedente fue reiterado por la sentencia T-1087/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) en donde se resolvió ordenar a Metrosalud E.S.E. que en el término de diez días, adoptara las decisiones necesarias para que se le practicara al menor la evaluación neuropsicológica y la escenografía que requería, en una institución prestadora del servicio de salud con capacidad técnica adecuada para realizarlo. Esta sentencia, a su vez, fue reiterada por la sentencia T-280/02, M.P. Eduardo Montealegre Lynett (en este caso se decidió reiterar

lo dispuesto en la sentencia T-1087/01, por lo que se resolvió ordenar a Comfenalco A.R.S. que autorizara en 48 horas, si aún no lo había hecho, la realización de los dos exámenes con carácter de diagnóstico, que los médicos tratantes habían recomendado a la menor a la que se le tuteló el derecho). En la sentencia T-911 de 2002 se reiteró esta jurisprudencia y se ordenó a la A.R.S. demandada que tomara las medidas necesarias, si no se había hecho aún, para que se suministrara a la hija de la accionante los medicamentos indicados por el médico tratante, necesarios para atender el padecimiento de glaucoma en ambos ojos, así como los procedimientos médicos también indicados por él para atender dicho padecimiento en los ojos, la cirugía para ano imperforado y la colocación de audífonos.