

Sentencia T-137/03

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Tratamiento y cuidados de paciente menor

DERECHO A LA SALUD-Condiciones para realización de tratamiento excluido del POS/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Realización de examen para completar diagnóstico/DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Práctica de examen excluido del POS

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Fosyga

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-656939

Acción de tutela instaurada por Ramón Antonio Bermúdez González contra Saludcoop OC E.P.S. Seccional Armenia.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Promiscuo de Familia de Calarcá (Quindío).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la solicitud de amparo

El señor Ramón Antonio Bermúdez González interpuso acción de tutela, en representación de su hijo Carlos Andrés Bermúdez Gómez de 16 años de edad, por considerar que la entidad accionada le está vulnerando su derecho a la salud.

En su solicitud de tutela señaló que tanto su hijo como él se encuentran afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral, a través de Saludcoop OC E.P.S., desde el 15 de enero de 2001 como beneficiario y cotizante, respectivamente.

Agrega que su hijo Carlos Andrés padece de convulsiones, lo cual ha originado varios exámenes que han sido autorizados por médicos de la E.P.S. accionada.

Sin embargo, señala que ha asistido a varias consultas particulares con el Neurocirujano Dr. Jhon Jairo Abello, quien lo ha valorado en varias oportunidades y en el último control le diagnosticó epilepsia, motivo por el cual ordenó la práctica de un examen denominado VIDEOTELEMETRIA NOCTURNA DE 12 HORAS, el cual requiere para establecer la causa que origina las convulsiones que padece su hijo y de esa manera brindar el tratamiento adecuado.¹

Señala que acudió a Saludcoop E.P.S. con el fin de que se autorizara dicho procedimiento médico, obteniendo respuesta desfavorable a su solicitud, con fundamento en que dicho examen no estaba incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.)²

Considera que dicha negativa atenta contra los derechos fundamentales de su hijo y en consecuencia, solicita se ordene a la entidad accionada la práctica de la Videotelemedicina nocturna de 12 horas, conforme lo prescribió el Dr. Jhon Jairo Abello.

2. Posición de la entidad accionada

Una vez avocado conocimiento por el juez de instancia, éste notificó de la acción de tutela a la E.P.S. demandada la cual a través de varios funcionarios de esa entidad plantearon la necesidad de negar la acción de tutela interpuesta, por cuanto ésta no ha vulnerado o amenazado conculcar ningún derecho fundamental del hijo del actor.

El a-quo inquirió además a la mencionada empleada, para que precisara si el hecho de que el

examen que requiere el menor, fue ordenado por un médico no perteneciente a la E.P.S., incidió con la negativa a practicárselo, a lo cual expresó en forma negativa, señalando que “lo que realmente observamos es que [el procedimiento] esté en el Plan Obligatorio de Salud y que cumpla las normas éticas y legales para su formulación.”⁴

También fue escuchado en declaración el Auditor Médico de Saludcoop, quien señaló que para la realización del examen prescrito al menor, éste debía acudir a la red pública de salud de conformidad con lo previsto en el Decreto 806/98, por cuanto al estar dicho procedimiento excluido del P.O.S. la entidad promotora de salud no está obligada a practicarlo.

De otra parte señaló, que la videotelemedicina no va a cambiar el pronóstico de la enfermedad del menor, ya que la finalidad de este examen, según la evidencia médica científica es tratar de aclarar el origen específico de las descargas convulsivas del paciente, luego de lo cual, se llegará a la conclusión de que existen focos epileptógenos en áreas cerebrales determinadas, posteriormente el especialista tratante decidirá continuar o cambiar la medicación que está recibiendo el paciente, pero bajo ninguna circunstancia existirá una conducta curativa de la patología que afecta al paciente. Agregó que este examen se ordena cuando el paciente no responde a ningún medicamento o combinación de medicamentos.

Aseveró, que al niño lo está tratando un neurocirujano y, en su opinión, lo ideal es que lo trate un neurólogo clínico que sería el especialista de mayor dominio en el conocimiento científico del caso, ya que el papel del neurocirujano es atender al paciente cuando se plantea una conducta quirúrgica como posible tratamiento de la enfermedad. El examen es un recurso diagnóstico más no de tratamiento, sin embargo si el paciente lo necesita o no es de competencia del médico tratante, “SALUDCOOP tan solo revisa si está o no en el POS”.⁵

Agregó, que el menor Carlos Andrés Bermúdez Gómez acudió a consulta particular con el Dr. Jhon Jairo Abello por su propia iniciativa, para tratamiento del síndrome convulsivo, profesional de la medicina que no se encuentra dentro de los especialistas de la E.P.S.. Respecto del estado de salud del menor, señaló que la enfermedad que padece Carlos Andrés presenta un deterioro progresivo con cada episodio convulsivo, a pesar de que le practique o no el examen, sin embargo, dicho deterioro es difícilmente medible y cuantificable a lo largo del tiempo, es decir, cada convulsión implica pérdida de capacidad neuronal.

Finalmente, la Gerente Regional de Saludcoop OC E.P.S., insistió que el menor Carlos Andrés Bermúdez Gómez, ha recibido todos los servicios contemplados en el P.O.S., dentro de los mejores estándares de calidad y eficiencia, motivo por el cual la E.P.S. no ha vulnerado el derecho a la salud del niño.

Concluyó, que si el menor requiere un procedimiento excluido del P.O.S., éste deberá acudir a la red de salud pública para su consecución, puesto que de conformidad con la normatividad vigente Saludcoop no está en obligación de practicarlo.

3. Otras pruebas practicadas por el juez de primera instancia

3.1. Ampliación de la solicitud de tutela

El señor Ramón Antonio Bermúdez, en su declaración señaló que Saludcoop se niega a realizar el examen por el costo tan elevado que éste tiene, el cual asciende a \$700.000, precisa que su hijo padece de un aneurisma cerebral y que por ello, ha solicitado a dicha E.P.S. la realización de varios procedimientos ordenados por el especialista, los cuales se han realizado sin inconveniente alguno. Agregó, que su hijo cursa octavo grado y que en ocasiones, a causa de la enfermedad que padece, se ha visto en la necesidad de suspender su actividad académica por largas temporadas. Reiteró la necesidad de que la E.P.S. accionada practique el examen prescrito a su hijo.

3.2. Declaración del médico neurocirujano Jhon Jairo Abello

Sobre la negativa de Saludcoop a realizar el examen, aseveró que él simplemente ordena el procedimiento, pero su realización se efectúa por cuenta del interesado o la E.P.S. que tiene a cargo el paciente. Sin embargo, precisa que esa prescripción se realiza aun si el procedimiento no se encuentra en el P.O.S., puesto que lo que se tiene en cuenta es si el paciente lo requiere o no.

Concluyó, que entre más joven y entre más convulsiones padezca el menor a causa de la falta de suministro de un tratamiento adecuado, se genera un deterioro en su capacidad intelectual y un bajo rendimiento escolar, así como retardo psicomotor y cambios depresivos asociados. Precisa que la falta del tratamiento, pone en peligro su vida ante el riesgo de sufrir un accidente o presentar un status convulsivo, que es una convulsión prolongada, que

podría “llevarlo a la muerte, de ahí que se tengan que buscar todas las medidas necesarias para llegar a un diagnóstico adecuado a un tratamiento médico con todos los procedimientos médicos necesarios para controlar las crisis aunque no estén contemplados en el P.O.S.”⁷

4. Decisión judicial objeto de revisión

Mediante sentencia del 11 de septiembre de 2002, el Juzgado Promiscuo de Familia de Calarcá denegó la acción de tutela por considerar, que el actor cuenta con otros medios de defensa legales para la satisfacción de sus reclamaciones y obtener de esa manera la realización del procedimiento valorativo que requiere su hijo, como es acudir a la red pública de salud, es decir, a la Secretaría de Salud del Quindío.

Entre otras consideraciones, manifestó que Saludcoop desde 1999 ha venido atendiendo al niño Carlos Andrés Bermúdez y le ha ordenado exámenes tales como electroencefalogramas, tomografía computada, radiografías de columna dorsolumbar, lo ha remitido al psicólogo y varias veces al médico tratante Dr. Jhon Jairo Abello quien ordenó la realización de una videotelemedicina de doce horas, examen que según lo manifestado por la Directora de la Seccional Armenia de la E.P.S. accionada sólo sirve para completar un diagnóstico en un caso ya conocido y desde el punto de vista del pronóstico y tratamiento no modifica el manejo actual del paciente.

Además se precisó en la providencia, que la razón por la cual la E.P.S. accionada no autorizó la práctica de dicho examen no fue porque se hubiera ordenado por un médico particular, ni porque fuera muy costoso, ni tampoco por los motivos expuestos por los médicos escuchados en declaración, puesto que el paciente fue remitido precisamente por el Dr. José Edimer Garay médico de la Entidad Promotora de Salud a consulta con el Dr. Jhon Jairo Abello, según consta en la historia clínica que obra en el proceso; sino porque dicho examen no está incluido en el P.O.S., conforme se hizo constar en el formato de negación de servicios, en el cual se señaló la alternativa que tenía para obtener la práctica del procedimiento prescrito, como era acudir a la red pública de salud, para facturar dicho examen por subsidio a la oferta.

La sentencia no fue impugnada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Problema jurídico

De acuerdo con la información suministrada, la Sala deberá determinar si los derechos fundamentales invocados a favor del niño Carlos Andrés Bermúdez Gómez, resultan vulnerados por Saludcoop E.P.S. Seccional Armenia, ante la negativa de esta entidad de realizar el examen denominado Videotelemedicina nocturna, que le fuera prescrito por su médico tratante.

2. Reiteración de jurisprudencia. Derecho a la Salud y Plan Obligatorio de Salud.

La Corte Constitucional ha entendido por derecho a la salud “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.⁸

También ha precisado, que esta garantía no solamente incluye el derecho a reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, la terapéutica indicada y controlar oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, se ordenen y practiquen de manera oportuna y completa los exámenes y pruebas que los médicos prescriban.⁹

En tratándose de los niños, la Constitución Política de 1991 garantiza especialmente sus derechos, puesto que para ellos debe existir una especial protección por parte del Estado y la familia. En este sentido la protección a la vida, salud, integridad física y seguridad social de los niños son derechos fundamentales que prevalecen sobre los derechos de los demás, por expresa disposición del artículo 44 de la Carta.¹⁰ Así, lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, al señalar que:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro

del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.”¹¹

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la salud cuando se trata de menores de edad “es en sí mismo un derecho fundamental”¹², por ese motivo cuando el juez de tutela conoce de una solicitud de amparo constitucional en la que se invoca la protección al derecho a la salud de un niño, no es necesario verificar la existencia de conexidad con otros derechos de carácter fundamental, pues como se dijo, en estos eventos la garantía constitucional adquiere la categoría no sólo de fundamental, sino de prevalente frente a los derechos de los demás.

Igualmente, la Corte ha establecido varias condiciones de procedencia del amparo constitucional para proteger el derecho a la salud en casos como el presente, en el que se pretende inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud con el fin de brindar el tratamiento o el diagnóstico requerido por una persona enferma. Dichas condiciones son:¹³

1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado¹⁴, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios, medicina prepagada, etc.).

4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Sobre esta última subregla, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que:

Médico tratante, ha entendido la Corporación, es el profesional vinculado laboralmente a la respectiva E.P.S. que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente. De no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la E.P.S. encaminadas a la realización de tratamientos determinados por médicos particulares.¹⁵

También la sentencia SU-480 de 1997 declaró que una E.P.S. debe prestar los tratamientos prescritos a los pacientes por los médicos tratantes contratados o adscritos a las mismas. “Quiere decir lo anterior que la relación paciente -EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar.”¹⁶

Así las cosas, deberá ahora evaluarse si en el caso concreto se presentan las condiciones antes señaladas, con el fin de determinar la procedencia del amparo solicitado.

3. Caso Concreto

De las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que el titular de los derechos cuya protección se reclama por vía de tutela es un menor de edad, sobre la cual se predica un deber de protección especial y prevalente, según lo establece el artículo 44 de la Constitución.

En efecto, Carlos Andrés Bermúdez Gómez, quien en la actualidad tiene 16 años de edad, padece de un síndrome convulsivo severo a causa de la epilepsia sintomática, refractaria a tratamiento.

El niño Bermúdez Gómez fue remitido mediante una “orden de interconsulta” del 22 de marzo de 2001 por el Dr. José Edimer Garay, médico cirujano vinculado a Saludcoop E.P.S. al neurocirujano Dr. Jhon Jairo Abello a quien se le alude en la historia clínica como el especialista tratante.¹⁷ Es decir, que a pesar de que el Dr. Abello actúa en este caso, como médico particular, para la E.P.S. éste tiene la condición de especialista tratante, conforme se infiere de los documentos obrantes en el expediente.¹⁸

Nótese, que en este sentido la cuarta subregla fijada por esta Corporación, no se desconoce, en la medida que no fue el actor quien a su arbitrio acudió donde el especialista, sino que fue el propio médico tratante quien hizo la remisión, por lo cual, a efectos de la autorización del procedimiento, existe un vínculo indirecto entre el Dr. Abello y la Entidad Promotora de Salud accionada.

Si el señor Ramón Antonio Bermúdez hubiera acudido motu proprio a cualquier médico particular y luego pretendiera que la E.P.S. autorizara un procedimiento por él prescrito, el amparo constitucional tendría que ser negado; sin embargo, como se ha explicado, ello no ocurre en el presente caso.

En este sentido, la negativa a la realización del examen de videotelemedicina no tiene que ver con la vinculación o no del Dr. Abello a la E.P.S. sino del hecho de que dicho procedimiento no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud lo cual permite a la Sala concluir, que la procedencia o no de esta acción se determinará por la concurrencia de los primeros tres requisitos fijados en la jurisprudencia constitucional para que opere la excepción de inconstitucionalidad respecto de la normatividad sobre las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud.

Desde esta perspectiva, es claro que la no realización del examen ordenado por el especialista tratante, amenaza el derecho a la salud del niño Bermúdez Gómez, puesto que como lo señaló en su declaración el Dr. Abello, la falta de un tratamiento adecuado genera un deterioro en la capacidad intelectual del menor, un bajo rendimiento escolar, retardo psicomotor y cambios depresivos, sin contar con que “una convulsión prolongada [podría] llevarlo a la muerte de ahí que se tengan que buscar todas las medidas necesarias para llegar a un diagnóstico adecuado a un tratamiento médico con todos los procedimientos médicos necesarios para controlar las crisis aunque no estén contemplados en el P.O.S.”¹⁹

Adicionalmente, como se señala en el formato de negación de servicios y lo expresaron los funcionarios de la E.P.S. accionada, la videotelemedicina no puede ser sustituida por uno de los exámenes contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

En lo referente a la capacidad económica del actor, encuentra la Sala que aunque éste no fue tema de controversia en el trámite constitucional, puesto que la E.P.S. no cuestionó la posibilidad del padre de Carlos Andrés Bermúdez Gómez para sufragar el costo del

procedimiento valorativo, se advierte de los documentos aportados al expediente que el señor Ramón Antonio Bermúdez, se desempeña como operario de buldozer de las empresas públicas de Calarcá E.S.P., con un ingreso base de \$700.000, que es el mismo valor al que, según lo manifestado por él y respecto de lo cual se presume la buena fe, asciende el examen que requiere su hijo, es decir, de sufragar dicho procedimiento, tanto él como su grupo familiar no podrían procurarse un mínimo de subsistencia, puesto que no contarían con los recursos necesarios para ese fin.

De esta manera, no le asiste razón al a-quo para denegar la tutela, puesto que con esa determinación soslayó que lo que hace improcedente la acción de tutela no es la existencia de “otros medios legales” sino que otro medio de defensa judicial resulte eficaz para la protección de los derechos fundamentales que se invoquen, lo cual no ocurre en el presente caso, como se ha indicado. Por tal razón, al verificarse que las cuatro subreglas se cumplen a cabalidad, ello permite ordenar, en este evento, que se inaplique la normatividad sobre las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud y en consecuencia se acceda a la protección constitucional solicitada.²⁰

A Saludcoop E.P.S. Seccional Armenia le asiste el derecho a obtener el reembolso de lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por la Sala, en consecuencia podrá repetir contra la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Por lo anterior, se revocará la decisión adoptada por el a-quo en el presente trámite constitucional y concederá el amparo constitucional solicitado.

III. DECISION

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del Juzgado Promiscuo de Familia de Calarcá (Quindío), del 11 de septiembre de 2002, en la acción de tutela interpuesta por el señor Ramón Antonio Bermúdez González en representación de su hijo menor de edad Carlos Andrés Bermúdez Gómez contra Saludcoop OC E.P.S. Seccional Armenia. En consecuencia, se concede el amparo solicitado.

Segundo.- ORDENAR al Representante Legal de Saludcoop OC E.P.S. Seccional Armenia que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, le autorice al menor Carlos Andrés Bermúdez Gómez la realización del examen Videotelemedicina nocturna de 12 horas, tal como le fue ordenado por el especialista tratante.

Tercero.- DECLARAR que a Saludcoop E.P.S. Seccional Armenia le asiste el derecho a obtener el reembolso de lo gastado en cumplimiento de la orden emitida por la Sala, en consecuencia podrá repetir contra la subcuenta correspondiente del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Cuarto.- Para dar cumplimiento a lo señalado en el numeral anterior, el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud -Fosyga- dispone de un término de treinta (30) días contados a partir de la presentación y formalización de las cuentas respectivas.

Quinto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 7 del expediente.

2 Folio 8 del expediente.

4 Folio 29 del expediente.

5 Folio 33 del expediente.

6 Folio 23 del expediente.

7 Ídem.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-597/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Corte Constitucional. Sentencias T-366/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-849/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-514 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-558/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 Corte Constitucional. Sentencia SU-819/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

12 Sobre este tema pueden estudiarse, entre otras, las sentencias T-075/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-286/98 M.P. Fabio Morón Díaz; T-046/99 M.P. Hernando Herrera Vergara; T-887/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-414/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-421/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-1019/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

13 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-406/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

14 Sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-740/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-256/02 M.P. Jaime Araujo Rentería.

17 Folio 45 del expediente.

18 Folios 42 a 46 del expediente.

19 Folio 23 del expediente.

20 Decisión similar se adoptó por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional

mediante la Sentencia T-1019/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, al conceder la acción de tutela a un menor que padecía de epilepsia parcial sintomática y retardo mental severo.