

Sentencia T-148/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Protección reforzada

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Exclusión del POS de examen de diagnóstico denominado Till Test

Una vez revisado el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, esta Sala de Revisión constató que, en efecto, el examen diagnóstico denominado till test se encuentra excluido de éste. De lo expuesto, se concluye la importancia del examen ordenado a la menor pues su práctica permite al médico tratante determinar la enfermedad que padece y el tratamiento a seguir acorde a sus condiciones. En consecuencia, la EPS vulneró los derechos fundamentales de la menor a la salud y a la integridad física, toda vez que prevalecieron circunstancias de índole administrativa para omitir y hacer nugatoria la práctica del examen e interrumpir la prestación del servicio de salud.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Autorización y práctica por la EPS del Seguro Social de examen de diagnóstico denominado Till Tes

Referencia: expediente T-1452446

Acción de tutela instaurada por Martha Amparo Gómez Henao, en representación de su hija Elizabeth Montoya Gómez contra el Instituto de Seguros Sociales EPS.

Magistrado ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

La señora Martha Amparo Gómez Henao, actuando como agente oficioso de su hija, Elizabeth Montoya Gómez, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, ya que consideró que la decisión de la mencionada entidad de negar la autorización para la práctica de un examen diagnóstico ordenado por el médico tratante adscrito a la entidad, vulnera sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

HECHOS

- 1.- La señora Martha Amparo Gómez Henao manifiesta que su hija de 12 años de edad, Elizabeth Montoya Gómez está afiliada a la EPS del Instituto de Seguros Sociales como beneficiaria de su padre, señor Alfredo Montoya.
- 2.- Arguye que su hija padece de "... vértigos e inconvenientes de taquicardia con antecedentes asmáticos", razones por las que el médico tratante adscrito a la EPS consideró necesario practicarle el examen diagnóstico denominado till test.
- 3.- Sostiene que la EPS negó la practica del examen antes mencionado, al argumentar que está excluido del Plan Obligatorio de Salud.
- 4.- De las pruebas aportadas al proceso se infiere que el padre de la menor Elizabeth Montoya Gómez devenga un salario mínimo, circunstancia que demuestra la incapacidad económica para cubrir el costo del examen ordenado.
- 5.- Considera la demandante que la negativa de la EPS de ordenar la practica del examen

constituye una violación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su menor hija.

Solicitud de tutela

6.- La peticionaria solicita que se amparen los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su menor hija y, en consecuencia, se ordene al Instituto de Seguros Sociales EPS que le brinde la cobertura en seguridad social en salud requerida, incluyendo el tratamiento médico integral.

7.- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Martha Amparo Gómez Henao.

- Copia de la Tarjeta de identidad de la menor Elizabeth Montoya Gómez.
- Copia del carné de afiliación de la menor Elizabeth Montoya Gómez que la acredita como beneficiaria de su padre, señor Alfredo de Jesús Montoya Serna.
- Copia de la orden médica para la practica del examen denominado till test.
- Copia del comprobante de pago de la EPS del Instituto de Seguros Sociales.

Intervención de la entidad demandada.

8. La entidad demandada presentó su intervención extemporáneamente.

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales Seccional, manifestó que la conducta desplegada por la entidad no vulnera ni amenaza ningún derecho fundamental de la menor Elizabeth Montoya Gómez, pues se ha ajustado a la legislación de la materia, pues el examen requerido no está contemplado dentro de las prestaciones reconocidas por el Plan Obligatorio de Salud.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

Fallo de primera instancia.

9.- Mediante fallo del 21 de junio de 2006, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüi, decidió tutelar los derechos fundamentales de la menor Elizabeth Montoya Gómez, tras

considerar que el examen ordenado no se encuentra dentro de las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud.

En consecuencia, el juez de instancia ordenó al Instituto de Seguros Sociales EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo proceda a ordenar la practica del examen en mención, además de brindarle a la menor Elizabeth Montoya Gómez el tratamiento integral para la enfermedad que padece.

Impugnación.

10.- La Representante Legal de la EPS del Instituto de Seguros Sociales, manifestó su inconformidad con el anterior fallo, al argumentar que el examen denominado till test se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud. De conformidad con lo anterior, solicita que se aclare o modifique la decisión recurrida en el sentido de ordenar solamente aquello que se encuentre dentro de las prestaciones reconocidas por el P.O.S. y, en caso contrario, conceder la facultad al ISS para ejercer el correspondiente recobro ante el FOSYGA.

Fallo de segunda instancia.

11.- La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, decidió revocar la sentencia impugnada, ya que de los hechos narrados en la acción de tutela no se desprende ninguna acción u omisión que implique vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que haga procedente la solicitud de amparo.

Anotó el juez de instancia, que "... el A-quo no estuvo acertado en su fallo, pues no debió amparar el derecho invocado, toda vez que, en primer lugar, no se está en frente de una enfermedad ruinosa o catastrófica que amerite una protección especial, y, en segundo lugar, el artículo 18 literal i de la mentada Resolución (5261 de 1994) excluye del cubrimiento las "Actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente manual", el cual, efectivamente, no consagra dentro de las prestaciones del POS, en ningún nivel, el llamado Till Test, por lo que, definitivamente, no le corresponde al Instituto de Seguros Sociales el brindar los servicios invocados por la accionante las condiciones fijadas por el fallo primigenio."

Por otro lado, consideró que en ningún momento la demandante alega la falta de recursos

económicos para cubrir lo relacionado con el padecimiento de su hija, especialmente lo relacionado con las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, por ello no puede considerarse que la EPS ha vulnerado los derechos fundamentales invocados.

Revisión por la Corte

12.- Remitido el fallo a esta Corporación, mediante auto del tres (3) de noviembre de 2006, la Sala de Selección correspondiente dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones concordantes.

Presentación del caso y problema jurídico.

2.- La señora Martha Amparo Gómez Henao argumenta que su hija menor, Elizabeth Montoya Gómez, padece de vértigos, problemas de taquicardia y antecedentes de asma, razón por la cual el médico tratante le ordenó la practica del examen denominado till test. Arguye la demandante que la EPS del Instituto de Seguros Sociales negó la practica del examen por encontrarse excluido del POS.

3.- La solicitud de amparo fue concedida por el juez de primera instancia, al argumentar que estaba demostrada la afectación de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor Elizabeth Montoya Gómez. El ad quem revocó el anterior fallo, para lo cual estimó que la demandante no demostró la falta de capacidad de pago para sufragar el costo de la practica del examen denominado till test, el cual se encuentra excluido de las prestaciones del P.O.S.

4.- En este contexto, debe la Sala resolver varios problemas jurídicos. En primer lugar, se determinará si el examen denominado till test se encuentra incluido o no dentro de las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud P.O.S..

Si la respuesta al anterior interrogante resulta negativa, la Sala deberá estudiar la procedencia de la acción de tutela para ordenar la practica de dicho examen.

5.- Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta Sala de Revisión procederá a (i) reiterar la jurisprudencia constitucional respecto del derecho fundamental a la salud y su protección por vía de la acción de tutela, (ii) analizar la protección reforzada a los menores de edad en cuanto a la prestación del servicio de salud y, (iii) repasar cual ha sido la posición de esta Tribunal en relación con el tema específico de las exclusiones y limitaciones del P.O.S.. Hechas las anteriores consideraciones, la Sala procederá a ocuparse del caso sujeto a revisión.

El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia.

6. La acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En consecuencia, para que un derecho sea susceptible de amparo a través de la acción de tutela es necesario que (i) su carácter definitorio fundamental se vea amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto; (ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales¹.

En relación con el derecho a la salud, esta Corte ha contemplado diversos escenarios donde es factible la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela, así:

El derecho a la salud como derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales.

6.1. La doctrina constitucional considera que los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en la Constitución Política, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima relación con otros derechos fundamentales, de manera que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso del derecho a la salud, que no siendo derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida², es decir en aquellas circunstancias en

las que su falta de protección configura un riesgo para las garantías esenciales.

Para determinar si, en un caso particular, el derecho a la salud se encuentra en relación de conexidad con un derecho fundamental, debe acudirse tanto a la Constitución Política como a la jurisprudencia, además de consultar lo que prescriben sobre el particular los tratados que reconocen derechos humanos ratificados por Colombia, ya que, por mandato del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno: “el artículo 93 de la C. P. le da fuerza vinculante a los tratados y convenciones internacionales, (...) además establece que para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta la interpretación debe hacerse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ocupa en su artículo 12 del derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. La interpretación autorizada del mismo, encargada al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, está consagrada en la Observación General número 14: “el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, (...) es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y (sus) criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)”. En dicho documento, el Comité reconoce que, si bien el derecho a la salud comprende a su vez la garantía de los mínimos de otros derechos condicionantes (vivienda, alimentación, vestido, educación, etc.) y el aseguramiento de las obligaciones básicas y el núcleo esencial del derecho a la salud, el carácter prestacional de tales deberes está sometido al desarrollo progresivo que puedan darle los Estados, sobre todo si se trata de aquellos cuyos recursos son limitados.

El derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección.

6.2. La Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional. Frente a ellos, la protección del derecho a la salud es reforzada debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Así por ejemplo, en el caso de la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, la jurisprudencia constitucional ha establecido que su derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo³.

El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido

esencial.

6.3. La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo⁴. En efecto la Corte ha considerado que, en sí mismo, (sin la regulación que establezca prestaciones y obligados) el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental por que no es un derecho subjetivo⁵. Sin embargo, “ (a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”⁶.

La Observación General en mención contempla el deber primordial de los Estados de adoptar un sistema nacional de salud y seguridad social, con la correspondiente asignación de recursos suficientes para el mantenimiento del mismo. Es en el marco de la definición de las prestaciones que deberán ofrecerse a la población, que el Estado reduce el margen de indeterminación que pueda predicarse del derecho a la salud y lo traduce en obligaciones ciertas de quienes están encargados de brindar dicho servicio.

Ahora bien, dado el carácter prestacional y asistencial del derecho a la salud, la Observación General 14, tomando en consideración la limitación de recursos que afecta a muchos países, recalca el carácter progresivo de la garantía integral del mismo. En todo caso, las Naciones tienen el deber de diseñar e implementar políticas públicas en salud que, mediante un sistema nacional, ofrezca certeza respecto de las prestaciones que obligatoriamente tienen que brindar los entes responsables de las mismas.

En el caso colombiano, el sistema nacional de salud, que según el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debe diseñarse para garantizar el nivel más alto posible de salud física y mental, identifica y define los procedimientos, medicamentos e intervenciones a los cuales tienen derecho los beneficiarios del mismo. En esta instancia las prestaciones indeterminadas del derecho a la salud se traducen en obligaciones ciertas que los ciudadanos pueden reclamar a través de las instancias judiciales o administrativas que en cada Estado se hayan diseñado para tal efecto⁷.

Entonces, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, el derecho a recibir la atención de salud, definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Los contenidos del Plan Obligatorio de Salud, devienen en prestaciones vinculantes para las entidades encargadas de su cumplimiento y en derechos subjetivos, de carácter fundamental, para los ciudadanos. Si, dado este presupuesto, es negado el acceso a alguno de los beneficios que se erigen en contenido determinado del derecho a la salud, se estaría en presencia de la violación de un derecho fundamental.

Protección reforzada de la prestación del servicio de salud a los menores de edad.

7.- En la Constitución Política de 1991, se incorporaron diversos preceptos constitucionales cuyo principal objetivo es proteger en la mayor medida posible a los menores de edad. Es así, que en sentencia T-307 de 2006 se señaló:

“[l]os Derechos Fundamentales de los Niños gozan de una especial protección tanto en el orden jurídico interno como en el ámbito internacional. La garantía que el orden jurídico constitucional les otorga a los niños es extensa. Se encuentra plasmada en distintos preceptos constitucionales⁸ y en especial en el artículo 44 superior. Allí se enumeran los derechos fundamentales de los niños: el derecho a que su vida e integridad física sean debidamente protegidas; el derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho a gozar de una alimentación equilibrada; el derecho al nombre y a la nacionalidad⁹.

“ En el párrafo segundo del artículo 44 se establece que tanto la familia como la sociedad y el Estado están obligados a velar por la asistencia y protección de los niños así como a garantizar <su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos> y se determina que cualquier persona está facultada para exigir el cumplimiento de tales derechos por parte de la autoridad competente y para solicitar la sanción de los infractores. El párrafo tercero del artículo 44 agrega que <los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás>.

(...)

“ En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños gozan también de una muy amplia protección. En la línea de lo dispuesto por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 cuyo principio 2º establece que <[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad>, tanto el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos¹⁰, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales – aprobados ambos por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 -, incluyen disposiciones dedicadas de manera expresa a los derechos de los niños.

“La Convención Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, también indica que los niños tienen derechos de protección específicos¹¹. Particular relevancia tiene, entretanto, la Convención sobre los Derechos del Niño. La importancia de esta Convención no solo se deduce de la cantidad de países que la han ratificado¹² sino del alcance e importancia de los preceptos en ella establecidos con miras a proteger y a asegurar los derechos de los menores. Es factible afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye <toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales>¹³.”

En sentencia T-659 de 2003 esta Corte manifestó que el derecho a la seguridad social y a la salud de los niños son derechos fundamentales, tal y como lo prevé el artículo 44 de la Constitución Política y, en cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela para protegerlos, señaló que ésta procede directamente.

De igual manera, se ha establecido que “el derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente¹⁴”.¹⁵

De lo anterior, se concluye que el derecho a la salud de los menores de edad goza de especial protección en nuestro sistema jurídico dada su connotación de derecho fundamental derivada de la aplicación directa de la Constitución Política.

8.- Para efectos de la defensa efectiva de los derechos fundamentales de los menores por

medio de la acción de tutela, la Corte ha dicho que toda persona está legitimada para interponer en su favor la mencionada acción constitucional. Al respecto se dijo en sentencia T-758 de 2005: “[l]a Corte debe reiterar que tratándose de menores de edad, cualquier persona está legitimada para incoar el amparo constitucional de sus derechos fundamentales”.¹⁶

Derecho al diagnóstico.

9.- El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994, define el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

Luego, al negarse la realización de un examen diagnóstico que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión para así determinar el tratamiento necesario, se vulnera el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

10.- En sentencia T-178 de 2003, la Corte sostuvo que al negarse o retrasar la autorización de un examen diagnóstico, ordenado por el médico tratante se vulneran los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, “... no solamente cuando se demuestre que sin ellos el padeciente puede morir, sino cuando se suspenden injustificadamente tratamientos que son necesarios para recuperar el restablecimiento de la salud perdida o cuando se niegan diagnósticos que revelarían o descartarían una anomalía en la salud”. Es así, que no se puede argumentar para la no realización de un examen médico, la no inclusión del mismo en el Plan Obligatorio de Salud, si éste fue formulado por el médico tratante.

11.- Igualmente, en sentencia T-366 de 1999 esta Corporación señaló que el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de 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 médicos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que éstos ordenen.

En esa oportunidad la Corte también señaló que la entidad prestadora del servicio es responsable por negligencia, si no practica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado. Sobre la base de su incumplimiento, no le es posible eludir las consecuencias jurídicas, en especial las de tutela y las patrimoniales, que se deriven de los daños sufridos a la salud de sus usuarios, y por los peligros que su vida afronte, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que son justamente objeto de su labor.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el médico tratante es quien determina la necesidad o no de realizar un examen para establecer el estado de salud del paciente y el posible tratamiento a seguir para obtener ya sea la mejoría o las posibles soluciones médicas y tratamientos que le permitan llevar una existencia digna. Es aquél quien, conforme a las circunstancias individuales de cada paciente, señala cuál es el procedimiento que debe llevarse a cabo, y la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional.

Cuando se niega la realización de un examen diagnóstico que se requiere para ayudar a detectar la enfermedad que aqueja a un paciente o para precisar su nivel de afectación y así determinar el tratamiento necesario a seguir, se pone en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física.

Derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud.

12.- Para el estudio del presente caso es importante reiterar la jurisprudencia de esta Corte en relación con el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud, toda vez que la negativa de la EPS de autorizar y practicar el examen diagnóstico denominado till test constituye un obstáculo para determinar las causas de los padecimientos de la menor y los posibles tratamientos a seguir.

13.- Entre los principios que rigen el servicio público de salud, se encuentra el de continuidad, el cual implica que debe prestarse de manera ininterrumpida, constante y permanente. Este principio consiste en que el Estado debe garantizar la prestación eficiente del servicio de salud, obligación que igualmente asumen las entidades privadas que se comprometan a garantizarlo y a prestarlo.

La jurisprudencia de esta Corte, de manera reiterada¹⁷, ha sostenido que en tanto el servicio de salud es considerado un servicio público esencial, éste no debe ser interrumpido, sin justificación constitucionalmente admisible.

14.- Es así, que este Tribunal Constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los usuarios a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de la prestación del servicio de salud.

Los criterios adoptados por esta Corte para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud son:

“... (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”¹⁸

15.- En sentencia T-170 de 2002 la Corte dispuso que en el ámbito de la salud, es necesario tener en cuenta aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad humana o a la integridad física. En este sentido, señaló que “no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio.”

También ha dicho esta Corporación¹⁹ que la obligación principal de las entidades públicas y de los particulares que participan en la prestación del servicio público de salud es garantizar su continuidad y accesibilidad.

Obligación de prestar el servicio de salud, cuando el tratamiento está excluido del POS-S y del POS. Reiteración de jurisprudencia.

16.- En numerosas sentencias este Tribunal Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud, rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento, y de ello se derive que: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.²⁰” [T-1022 de 2005]. El anterior criterio ha sido utilizado por esta Corporación indistintamente, se trate del régimen contributivo²¹ o del régimen subsidiado²².

17.- En sentencia T-557 de 2006 se precisó, en el caso de los medicamentos excluidos de los planes obligatorios de salud, que tanto las E.P.S como las A.R.S, en las condiciones de vulneración de los derechos fundamentales, tienen el deber de suministrarlos, y el derecho de repetir contra el Estado por el monto de éstos, correspondiente a lo que según las normas, se haya excluido de su obligación.

De igual manera, se especificó que en materia de los tratamientos excluidos de los planes obligatorios de salud, las soluciones brindadas por la jurisprudencia constitucional, varían según se trate del régimen contributivo o del subsidiado. Así, “... en el régimen contributivo, la obligación de las E.P.S es reconocer el tratamiento cuya omisión vulnera los derechos fundamentales del paciente, junto a lo que le asiste el derecho de repetir contra el Estado.

Para el régimen subsidiado, en cambio, la Corte Constitucional ha considerado que el reconocimiento del tratamiento excluido del plan cuya falta en la prestación derive en la vulneración de los derechos constitucionales del paciente, puede corresponder a las A.R.S²³, con derecho a recobro, o a las entidades territoriales²⁴.”

Análisis del caso Concreto.

18.- En el caso concreto, la niña Elizabeth Montoya Gómez, de doce años de edad, padece vértigos y taquicardias. A partir de las pruebas aportadas al expediente se infiere que el

médico tratante adscrito a la EPS demandada estimó necesario ordenar la practica del examen denominado till test, el cual, es necesario para determinar la causa o posibles causas de los padecimientos de la menor.

19.- El juez constitucional de primera instancia concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física por cuanto a la menor no se le han prestado los servicios médicos requeridos. Sin embargo, el juez de segunda instancia decidió revocar el amparo, al considerar que la EPS del Instituto de Seguros Sociales no está obligada a autorizar y a ordenar la practica del examen en mención pues se encuentra excluido de las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud y, porque no está probada ni se argumentó la falta de capacidad económica para cubrir su costo.

20.- El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a través del POS, establece los servicios de salud que deben prestar las Entidades Promotoras de Salud a las personas que estén afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud por el Régimen Contributivo²⁵. Sin embargo, el Plan Obligatorio de Salud consagra la existencia de exclusiones y limitaciones, que en general serán todas “aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”²⁶.

Así mismo, el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, prescribe: “De las exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud. En concordancia con lo expuesto en los artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación...”

A pesar de lo anterior, este Tribunal Constitucional, en virtud de la supremacía de la

Constitución sobre las demás fuentes del derecho, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento, medicamento o diagnóstico requerido, para ordenar que sea suministrado y así evitar que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la salud²⁷.

21.- Una vez revisado el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, esta Sala de Revisión constató que, en efecto, el examen diagnóstico denominado till test se encuentra excluido de éste.

22.- Ahora bien, a folio 10 del cuaderno principal obra una constancia suscrita por la oficial mayor del Juzgado de Primera Instancia, en la cual certifica que: “Con el fin de saber que significaba Till Test, me comuniqué con el doctor Oswaldo Restrepo, médico de urgencias del Hospital del Sur de Santa María, vía telefónica 2811133; quien me informó que Till Test, consiste en un procedimiento que realiza un neurólogo, con el fin de observar la variación de la presión, cuando el paciente cambia de posición y con ese examen se diagnostica el vértigo, la causa del mareo y los posibles problemas cardíacos.”

De lo expuesto, se concluye la importancia del examen ordenado a la menor Elizabeth Montoya Gómez, pues su práctica permite al médico tratante determinar la enfermedad que padece y el tratamiento a seguir acorde a sus condiciones. En consecuencia, la EPS vulneró los derechos fundamentales de la menor a la salud y a la integridad física, toda vez que prevalecieron circunstancias de índole administrativa para omitir y hacer nugatoria la práctica del examen e interrumpir la prestación del servicio de salud.

23.- Esta Sala de Revisión resalta que en el caso sujeto a revisión están en juego los derechos fundamentales de una menor, y la Constitución consagra un régimen de protección especial para éstos, en el que se proclama la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás. Adicionalmente, esta Corte en aplicación de ese régimen especial ha reiterado que tratándose de menores, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política.

Entonces, como en el caso objeto de examen el derecho a la salud es fundamental autónomo y, de las pruebas aportadas al proceso se infiere que el padre de la menor devenga un salario

mínimo, el examen de la capacidad económica deviene improcedente.

24. En conclusión, la negativa del Instituto de Seguros Sociales EPS a ordenar el examen diagnóstico ordenado por el médico tratante adscrito a la misma, vulneró el derecho fundamental a la salud de la menor Elizabeth Montoya Gómez. En consecuencia, y en virtud de lo anteriormente descrito, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüi.

IV. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR, por la razones expuestas el fallo proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 31 de julio de 2006. En su lugar, CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüi, el día 21 de junio de 2006, mediante el cual se concedió el amparo a los derechos fundamentales de la menor Elizabeth Montoya Gómez.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo autorice y practique el examen diagnóstico denominado Till Test ordenado por el médico tratante, a la menor Elizabeth Montoya Gómez.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencias T-859, T-860 de 2003 y T-308 de 2006.

2 Sentencia T-491 de 1992.

3 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003, T-666 de 2004 y T-557 de 2006.

4 Sentencia T-697 de 2004.

5 Ibidem.

6 Sentencia T-859 de 2003.

7 Ver sentencia T-1278 de 2005.

8 [Cita del aparte transcrito] Como lo ha señalado la Corte Constitucional. “Si bien el artículo 44 es la principal referencia normativa, no es la única. Por ejemplo, el artículo 50 de la Carta fija una protección especialísima para los niños menores de un año en materia de seguridad social: si no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrán derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Por otra parte, el artículo 67, que regula el derecho a la educación, indica que los menores tienen el derecho y el deber de recibir educación entre los 5 y los 15 años de edad, precisando que ese tiempo comprende un año de preescolar y nueve de educación básica.” Sentencia C-157 de 2002.

9 [Cita del aparte transcrito] Dentro de los derechos mencionados en el artículo 44 se

encuentra también “el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella”, así como el derecho de los niños a gozar del cuidado, del amor, de la cultura y de la libre expresión de su opinión. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, los niños “[s]erán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

10 [Cita del aparte transcrito] Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere.”

11 [Cita del aparte transcrito] El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

12 [Cita del aparte transcrito] Ha sido ratificada por 191 países. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991.

13 [Cita del aparte transcrito] De la lectura de la Convención sobre los Derechos de los Niños resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños sin distinción, tanto a los niños que habitan países subdesarrollados, como a aquellos que proceden de países desarrollados; (iii) los derechos de los niños se aplican por igual a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los

artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores¹³. La Convención destaca, de manera especial, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y subraya, así mismo, el deber que le corresponde a los Estados de prestar apoyo a los padres así como la obligación de velar por el bienestar de los menores cuando por alguna razón sus familiares no están en condiciones de asumir por sí mismos tal tarea. De este modo, el Estado debe proporcionar asistencia material y diseñar programas de apoyo a la familia; (vii) los Estados están también obligados a evitar que los niños sean separados de su familia, a no ser que la separación se realice con miras a proteger los intereses superiores del menor. (viii) son cuatro los principios rectores de la Convención: (a) el principio de no discriminación (artículo 2º)¹³; (b) el principio del interés superior del niño (artículo 3º)¹³; (c) el principio de la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)¹³; el principio de participación (artículo 12)¹³; (viii) los Estados deben armonizar lo dispuesto en la legislación interna con los preceptos que se derivan de la Convención excepto en aquellos casos en que la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico interno sea mayor; (ix) los países miembros se obligan a producir informes periódicos sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño se encargará de verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención. Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

14 [Cita del aparte transcrito] Sentencias SU-819 de 1999 y T001 de 2000, entre otras.

15 Ver sentencia T-540 de 2002.

16 En el mismo sentido, en Sentencia T-143 de 1999 se dijo: “La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe

resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia”.

18 Sentencia T-1198 de 2003.

19 Sentencia T-060 de 1997.

20 [Cita del aparte transcrito] Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000, en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.” Esta decisión, defendida por la jurisprudencia constitucional desde su inicio [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992 y T-548 de 1992], sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-631, T-628 y T-691 de 1998 y SU-819 de 1999].

21 En la T-1022 de 2005 se citan los siguientes ejemplos, en casos del régimen contributivo: sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016, T-024 y T-086 de 2005.

22 En la T-1022 de 2005 se citan los siguientes ejemplos, en casos del régimen subsidiado: sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

23 Ver por ejemplo T-480 de 2002; citada en la T-1022 de 2005

24 Ver por ejemplo T-452 de 2001; citada en la T-1022 de 2005

25 Sobre el tema ver la Sentencia T-1120 de 2000.

26 Artículo 86 del Decreto 806 de 1998.

27 Ver sentencia T-1066 de 2004, entre otras.