

Sentencia T-195/11

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SERVICIO PUBLICO

La salud fue consagrada por el Constituyente de 1991 como concepto que goza de una doble connotación, entendido como derecho fundamental y servicio público al mismo tiempo. La norma concerniente, el artículo 49 de la Carta, atribuye al Estado la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, mientras que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que le integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS-
Elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud

INCAPACIDAD ECONOMICA-Subreglas aplicables/CARGA PROBATORIA DE LA INCAPACIDAD
ECONOMICA EN SALUD-Corresponde a la Entidad Promotora de Salud

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Autorización y práctica de cirugía de oído

Referencia: expediente T-2866327

Acción de tutela instaurada por Denis Lorena Pérez Patino en representación de Andrea del
Carmen Pérez Patiño en contra de SALUD VIDA EPS-S

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luís Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos dictados por los Juzgados Doce Civil del Circuito de

Barranquilla y Décimo Civil Municipal de Barranquilla como resultado de la tutela impetrada por la señora Denis Pérez Patiño en representación de la menor Andrea del Carmen Pérez Patiño en contra de la EPS-S SALUD VIDA para el amparo del derecho fundamental a la salud.

Hechos.

Denis Pérez Patiño, en representación de su hija, la menor Andrea del Carmen Pérez Patiño, reclama la protección de los derechos a la salud, a la vida dignidad y a la igualdad en titularidad de la misma, los cuales afirma vulnerados con base en los hechos que a continuación se exponen:

1. La menor Andrea del Carmen Pérez Patiño se encuentra afiliada a la EPS-S SALUDVIDA y su núcleo familiar se encuentra clasificado en el nivel III del sisben.¹

1. Ésta, que actualmente tiene 6 años de edad, presenta un diagnóstico de ‘hipoacusia conductiva moderada bilateral.’² De acuerdo con la valoración hecha por profesionales del Centro de Otorrinolaringología OTOCEN, IPS en la que ha sido atendida la menor, su enfermedad actual literalmente consiste en: “paciente quien nace por parto sin complicaciones, no problemas durante el embarazo, quien al nacer muestra displasia de pabellón derecho sin otra anomalía fenotípica asociada. Esta [sic] escolarizada en colegios normooyentes, integrada, hablar coherente responde al discurso hablado.”³ En ese mismo informe médico se relacionaron, acto seguido, los siguientes comentarios como resultado de la sesión de otorrinolaringología efectuada a la paciente: “HIPOACUSIA CONDUCTIVA MODERADA OIDO IZQUIERDO: SENSIBILIDAD AUDITIVA PERIFERICA NORMAL.”⁴

1. Un especialista en otorrinolaringología adscrito a la IPS OTOCEN le prescribió, según consta en solicitud de servicios médicos fechada el día 6 de julio de 2010 a nombre de la paciente, una cirugía de “DE BAHA+VISTAFIX”⁵, dispositivo que funciona a través de “la conducción ósea con un procesador de sonido único a un pequeño implante de titanio que se

coloca en el hueso detrás de la oreja”⁶

1. Poco después, exactamente el día 12 de ese mismo mes y anualidad, la actora radicó la demanda de tutela objeto de revisión en esta oportunidad, a través de la que se pretende la autorización de dicha prestación médica.

Solicitud.

La reclamante solicita en nombre de su hija, Andrea del Carmen Pérez Patiño, la garantía de los derechos a salud, a la vida, a la dignidad y a la seguridad social en su titularidad para que, en consecuencia, se autorice a favor suyo la práctica de la ‘cirugía de prótesis auditiva Tipo Baha + Vistafix’ para tratar la ‘hipoacusia conductiva bilateral’ que le fue diagnosticada a la menor.

Asimismo, se solicitó al juez de tutela “ordenar a la entidad de SALUD VIDA EPS, [sic] para que al momento de autorizar la practica [sic] de la cirugía [sic], así como los tratamiento tendientes a su recuperación y rehabilitación, éstos sean realizados a través de [mi] medico tratante Dr. Jorge Melo Moyano medico [sic] que atiende por parte de la entidad a la cual pertenezco, con el objeto de garantizar la continuidad del tratamiento (...)” y por último que “se ordene a SALUD VIDA EPS, abstenerse de dar lugar a violaciones de los derechos aquí tutelados, como el retardo a la entrega de órdenes para exámenes y medicamentos.”⁷

Respuesta de la EPS-S SALUDVIDA.

El apoderado de la EPS-S SALUDVIDA S.A. contestó, en relación con las pretensiones de la parte actora, que el procedimiento reclamado está excluido del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado. Concretamente se argumentó en relación con el mismo que “de acuerdo a la sentencia C-463 de 2008, y la Resolución 003099 del 19 de agosto de 2008, expedida por el Minproteccion [sic], se considera NO POS-S, por no estar INCLUIDO EN EL MAPIPO, ni en el Acuerdo 306 del 16 de agosto de 2005, como tampoco el acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, acuerdo por medio del cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.”⁸

Seguidamente se echó de menos el agotamiento en el caso particular del trámite ante el

Comité Técnico Científico, requisito para la aprobación de un procedimiento excluido del respectivo plan de salud. Se expresó que a pesar de la negativa la entidad demandada:

“Contacta[ía] a la madre del menor, para indicarle los documentos que debe diligenciar el médico tratante y posteriormente su [sic] presentación al Comité Técnico Científico, dicho Comité estudia la solicitud y decide si aprueba o niega dicho procedimiento.

En caso de ser aprobado por Comité Técnico Científico, SALUDVIDA EPS, procede a expedir las órdenes respectivas del implante con recobro al Fosyga.

En caso de no ser aprobado por C.T.C. la usuaria esta [sic] en libertad de instaurar la acción de tutela respectiva (...)”⁹

En últimas, se insistió en que la entidad demandada no desconoció derecho fundamental alguno en titularidad de la menor en cuyo nombre se interpone el amparo; simplemente se ha exigido el cumplimiento del trámite administrativo requerido para la autorización de un procedimiento por fuera del plan obligatorio de salud.

Decisiones judicial objeto de revisión.

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Décimo Civil Municipal de Barranquilla, actuando en primera instancia, concedió la protección constitucional a los derechos fundamentales en cabeza de la menor y ordenó a la EPS-S Salud Vida la autorización del procedimiento denominado cirugía de Prótesis Tipo Baha+Vistafix, debidamente prescrita por el médico tratante. Se prescribió también la prestación de los servicios médicos, asistenciales y quirúrgicos requeridos para la atención de la patología, así como el suministro de los medicamentos necesarios con ocasión de la práctica de dicha cirugía. En dicha providencia se autorizó finalmente a la EPS-S repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud para la cancelación de los gastos adicionales en los que habría incurrido en virtud de esa orden.

Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia proferida el día 24 de septiembre de 2010, resolvió revocar el fallo de primera instancia y no acceder al amparo de

los derechos alegados en vista de que no se encontró probado que “la accionante hubiera solicitado de manera directa el procedimiento a la accionada, esto es, haya expuesto su caso a la prestadora de salud, acompañando las órdenes y exámenes expedidos por el médico tratante de la menor”¹⁰, y que sin mediar solicitud alguna no podría predicarse la vulneración de derecho fundamental alguno, puesto que la accionada no desplegó una conducta activa u omisiva frente a algún requerimiento.

Para reforzar la negativa, el juez de instancia construyó un indicio de la pretermisión en el trámite ante la entidad sobre la base de que la “la solicitud de servicios médicos [fue expedida] en fecha 6 de julio de 2010, dos días antes de interpuesta la presente acción de tutela el 9 de julio de 2010, lo que da a entender que la accionante no acudió a la prestadora accionada a solicitar el procedimiento ordenado, sino que, sin agotar las instancias ante la misma, promovió acción de tutela como instrumento inmediato para que por esta vía se autorice el procedimiento que requiere la menor.”¹¹

Con base en lo antedicho se descartó la comisión, por parte de la entidad demandada, de algún comportamiento que implicara la infracción de derechos fundamentales, no obstante lo cual se advirtió a la “a la señora DENIS PEREZ PATIÑO, que se acerque a la entidad a tramitar la solicitud de procedimiento médico.”¹² El fallo de segunda instancia resultó así revocado y la tutela denegada.

Elementos probatorios relevantes que obran en el expediente.

Obran como medios probatorios relevantes en el expediente los relacionados a continuación:

□ Copia del informe médico del Centro de otorrinolaringología, IPS OTOCEN, en el que se diagnosticó que la paciente padece en su condición auditiva exterior “DISPLASIA DE CONDUCTO DERECHO, ESTENOSIS DE CONDUCTO DERECHO” y “HIPOACUSIA MIXTA”. (Folio 8 del cuaderno 3)

* Copia del Audiograma Binaural combinado expedido por la audióloga Heidy Cepeda Fandiño en el que se señala que la paciente padece hipoacusia conductiva moderada en el oído

izquierdo y sensibilidad auditiva periférica formal. (Folio 20 del cuaderno 3)

* Solicitud de servicios médicos efectuada el día 6 de julio de 2010 a nombre de Andrea Pérez Patiño, la menor en cuyo favor se interpone la presente acción, para la autorización de la 'CIRUGÍA DE BAHA+VISTAFIX' prescrita para el tratamiento de la 'hipoacusia conductiva moderada-severa' que ésta padece (Folio 10 del cuaderno 3)

* Copia del carné de afiliación de la madre de la menor a la EPS-S demandada (Folio 11 del cuaderno 3)

Actuaciones surtidas en sede de revisión.

Mediante auto fechado el dos (2) de marzo de 2011 el Magistrado Sustanciador, con el propósito de saber si durante el trámite de la tutela la prestación médica reclamada ya había sido autorizada o de lo contrario, el estado de la solicitud elevada por la accionante, resolvió:

“Ordenar que por Secretaría General de esta Corporación se oficie a la EPS-S SALUD VIDA Zonal Atlántico (Barranquilla, Carrera 51B N°76-27, esquina Edificio Machailen piso 1), al Centro de Otorrinolaringología OTOCEN (Barranquilla Cra. 50 N° 82-185) y a la ciudadana Denis Pérez Patiño (Galapa, Calle 15 N° 14-78) para que en el término de tres días siguientes a la notificación del presente auto informen a este Despacho si a la paciente Andrea del Carmen Pérez Patiño, identificada con N° de identificación 32739089-05, ya le fue practicada la cirugía de BAHA+VISTAFIX prescrita para tratar la HIPOACUSIA CONDUCTIVA MODERADA que padece y, de ser así, alleguen prueba de ello. De lo contrario, informen a este despacho el estado del trámite administrativo que debe iniciarse ante la entidad demandada para la autorización del mismo.”

En razón de lo anterior fueron expedidos los oficios OPTB 187 a 189 de 2011, como resultado de los cuales se recibió en este Despacho respuesta del Centro de Otorrinolaringología OTOCEN, IPS que atiende a la menor, en el que se reafirmó el diagnóstico comentado y la prescripción de la cirugía reclamada por la madre de la paciente, cuya realización no ha sido

autorizada por la EPS-S demandada.

II. CONSIDERACIONES

Competencia.

1. Esta Corporación es competente para revisar la presente acción de tutela, de conformidad con los artículo 86 inciso 2° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, los artículo 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento y formulación del problema jurídico.

La ciudadana Denis Pérez Patiño impetra tutela en representación de su hija de seis años de edad, Andrea del Carmen Pérez Patiño, con la pretensión de salvaguardar los derechos a la salud, a la vida dignidad y a la igualdad en titularidad suya, los que afirma trasgredidos por la entidad demanda, EPS a la que se encuentra afiliada la menor, por su renuencia a autorizar la cirugía de “DE BAHA+VISTAFIX” que le fue prescrita para la atención de la ‘hipoacusia conductiva moderada bilateral’ que sufre.¹³

En efecto, obra en el expediente prueba de que se diligenció a nombre de la paciente solicitud para la aprobación de esa prestación médica¹⁴, pero hasta la fecha de interposición de la tutela no se había obtenido respuesta.

El problema jurídico a considerar en esta oportunidad por parte de la Sala Octava de Revisión gravita en si se vulnera o no el derecho a la salud en titularidad de la menor Andrea del Carmen Pérez Patiño, afiliada a la EPS-S SALUDVIDA, porque ésta no ha autorizado a su nombre la práctica de la cirugía ‘BAHA+VISTAFIX’ prescrita para el tratamiento de la ‘hipoacusia conductiva moderada’ que le fue diagnosticada. Para el efecto se volverá sobre el concepto de salud como derecho fundamental y servicio público, temática global dentro de la cual se hará mención sucinta a los lineamientos esenciales para la financiación de las prestaciones médicas solicitadas por personas vinculadas al régimen subsidiado de seguridad social en salud.

La salud como derecho fundamental y servicio público. Reiteración jurisprudencial.

La salud fue consagrada por el Constituyente de 1991 como concepto que goza de una doble

connotación, entendido como derecho fundamental y servicio público al mismo tiempo. La norma concerniente, el artículo 49 de la Carta, atribuye al Estado la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, mientras que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que le integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

Este mandato tiene una relación estrecha con los fines del Estado Social de Derecho que en nuestro contexto aparecen consignados en el artículo 2° de la Constitución Política vigente. En sí, la norma describe como “fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”¹⁵

En relación con el deber estatal de aseguramiento de la salud, el artículo 49 admite que su atención y el saneamiento ambiental son componentes de su dimensión como servicio público, cuyo disfrute debe ser garantizado por el Estado a la totalidad de los habitantes en los ámbitos de promoción, protección y recuperación. En este orden de ideas, son tareas del 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. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.”¹⁶

Como ingrediente del servicio público esencial de seguridad social,¹⁷ la salud en el país, al tenor de la Ley 100 de 1993, debe regirse en igual medida por los principios que caracterizan el sistema, a saber: eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.¹⁸

En tanto derecho fundamental, calidad que no deriva de forma expresa de la categorización trazada en el texto de la Carta, tal designación ha resultado de la evolución jurisprudencial que, a la par de la doctrina y los instrumentos internacionales en la materia, ha conducido a

la superación de la clasificación que de antaño se hacía respecto de los derechos humanos –en derechos civiles y políticos de un lado y económicos, sociales y culturales de otro- y a la correspondiente variación de perspectiva en cuanto a los medios para su exigibilidad.

Previamente se avalaba la fundamentalidad del derecho a la salud de estar vinculado con uno etiquetado como tal de acuerdo con la clasificación contenida en la Constitución –tesis de la conexidad- o dependiendo de la calidad de los sujetos que participaran en el debate puesto a consideración de la Corte –sujetos de especial protección constitucional como las niñas, los niños, las personas con discapacidad o las que pertenecen a la tercera edad. En contraposición se ha entendido recientemente que los derechos fundamentales están dotados de ese carácter por su identidad con valores y principios propios de la forma de Estado que nos identifica, el Estado Social de Derecho, mas no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que “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”.¹⁹ Bajo esta mirada renovadora, los derechos edificados en el marco de este modelo son fundamentales y susceptibles de tutela, declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.

A nivel internacional, son varios los instrumentos que se refieren a este derecho desde esta nueva perspectiva, que le define como un derecho humano y que, por ende, adquiere categoría fundamental al trasladarse al ámbito del derecho interno.

A manera de ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Estado colombiano mediante Ley 12 de 1991, obliga a los Estados Parte a proporcionar a los niños y niñas “el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”²⁰ mandato que vuelve sobre la definición planteada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito el 16 de diciembre de 1966, en el que se exhorta a los países contratantes a reconocer a sus habitantes el goce de condiciones de salud física y mental en igual medida –el más alto nivel posible-. Para el efecto este segundo instrumento –el Pacto

DESC- promueve la implementación de planes como:

“a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”²¹

El mencionado instrumento, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, es el más destacado en la materia por su exhaustiva definición del derecho a la salud, razón por la cual se hace ineludible igualmente la referencia a la Observación General 14 adoptada por el Comité DESC en el año 2000 para efectos de facilitar la labor de este organismo en la vigilancia del cumplimiento del Pacto. Esta Observación rechaza la visión de la salud como un concepto limitado a la idea de sanidad. Reconoce, por el contrario, que la salud debe ser asumida “como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”²² Esta medida plantea una ponderación entre las exigencias para el establecimiento de plenas posibilidades para el disfrute de todas las dimensiones que integran el derecho a la salud y los recursos con los que cuenta el Estado para su garantía, circunstancia que es apropiadamente atendida por el Comité al exigir de los estados el cumplimiento de las obligaciones propuestas en la mayor medida de sus potencialidades.

Se pregona además la progresividad del concepto²³ al definirle como “un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”. Asimismo, dentro de las obligaciones atribuidas a los contratantes se dispone el deber de asegurar la aplicación progresiva de este derecho, en la medida de las

posibilidades económicas, con miras a la concreción de lo ordenado en el artículo 12 del Pacto, es decir, el goce del nivel más alto de salud física y mental por parte de todos los habitantes.

No obstante la relativamente comprensiva interpretación derivada del Pacto y la Observación en cuanto a las limitaciones financieras que podrían entorpecer el cumplimiento, por parte de cualquier estado contratante, de su obligación de asegurar el goce del mayor nivel de salud posible por parte de sus habitantes, persisten determinadas obligaciones de cumplimiento inmediato e ineludible, enunciadas así en la mencionada Observación: i) la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y ii) la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. 24

De la misma forma, el Comité especifica los elementos esenciales para la formulación de las medidas conducentes al aseguramiento del derecho a la salud, que son:

a) Disponibilidad: exigencia que implica que los Estados parte aseguren la existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios públicos y programas de salud para el cubrimiento de los factores determinantes básicos de este derecho.

b) Accesibilidad: este elemento hace referencia a las posibilidades de acceso generalizado de la población a los elementos previamente anunciados, lo cual presupone: i) la no discriminación, ii) la accesibilidad física y geográfica, iii) la accesibilidad económica o asequibilidad y iv) el acceso a la información.

c) Aceptabilidad: se conceptúa como la obligación, de parte de las instituciones que integran el sistema, de cumplir con criterios de ética médica y de respeto a la identidad cultural y de género de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades que se pretenda atender.

d) Calidad: este requisito exige de los establecimientos, bienes y servicios su estructuración adecuada en cuanto a criterios culturales, científicos y médicos. Esto se ve reflejado en la presencia de personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.25

La jurisprudencia de esta Corporación ha delineado el asunto de la accesibilidad en el sentido de especificar que el cumplimiento de este criterio se supedita a la aparición de algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud. Al respecto, en sentencia T-760 de 2008 se precisó que “toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”²⁶

Así las cosas, el derecho a la salud es tutelable, *prima facie*, en lo que respecta a su núcleo esencial que está comprendido por la enunciación fijada en el Comité de Regulación de la Salud -CRES- en los listados que constituyen el POS y POS-S, los cuales contienen una formulación de las actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos que permiten su autorización en todo momento frente a cualquier tipo de contingencia médica. Sin embargo, este Alto Tribunal ha aceptado que en ciertas ocasiones el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, espectro que excede el asentado en los listados del POS y POS-S. En términos generales, en un primer momento, toda persona tiene derecho al acceso a un servicio de salud que i) se encuentre contemplado en el POS -o el plan de beneficios respectivo, en lo que respecta a regímenes exceptuados como el del Magisterio-; ii) es ordenado por médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio²⁷; iii) es indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente y iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud, es decir, se agotó el recurso a la administración.²⁸

La verificación de primero y el segundo criterio depende de la valoración hecha por el profesional de la salud que conozca del caso, por tanto, la determinación del juez está supeditada a la manifestación que al respecto haga el profesional que le trate. En contraposición, el asunto de la incapacidad económica está condicionado a la sana crítica que de las pruebas haga el juez, factor que debe nutrirse de las reglas en la materia, las cuales parten de un principio general de inexistencia de una tarifa legal al respecto y la ubicación de la carga de la prueba en cabeza de la EPS o EPS-S correspondiente. Las subreglas sentadas en la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la valoración

probatoria de la incapacidad económica han sido concretadas de la siguiente forma:³⁰

“ (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”

Para determinar si un servicio médico es requerido o no por un paciente, esto es, si es vital para la salud del mismo, el concepto del médico tratante ³¹resulta el criterio principal, dado que éste es quien conoce a plenitud el estado de salud de la persona y está suficientemente instruido desde el punto de vista técnico y científico. La exigencia en este sentido es que el médico haya prescrito el servicio, mas no que lo haya sugerido³². De manera textual se ha dicho al respecto: (...) el médico tratante es la persona calificada y con conocimiento tanto médico científico como específico del caso, para emitir la orden de servicio, más aún cuando brinda la atención a nombre de la EPS. De manera que al juez de tutela le corresponde acudir en primer lugar a dicho concepto, como quiera que es fuente de carácter técnico primordial e idóneo, para lograr establecer qué tipo de tratamiento médico requiere el tutelante en aras a restablecer o mejorar su estado de salud.”³³

Consideraciones generales en cuanto a la normatividad aplicable para la financiación de

prestaciones médicas requeridas por personas vinculadas al sistema de seguridad social en salud a través del régimen subsidiado.

A pesar de que no existe una tarifa legal para la valoración de las pruebas indicativas del estatus económico propio de alguien que pretenda la salvaguarda del derecho a la salud mediante esta acción, se ha construido a través de la jurisprudencia constitucional una presunción de incapacidad económica que recae sobre las personas afiliadas al régimen subsidiado, dada la naturaleza del mismo como un conjunto de normas, instituciones y recursos destinados a regular la vinculación al sistema de seguridad social en salud por parte de las personas más pobres o que carecen de potencial de pago.³⁴ El sentido de esta categorización es la garantía del goce del servicio de salud por parte de esta población vulnerable, mediante la fijación de una cotización subsidiada, total o parcial, derivada de los recursos del fisco o del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

Dicha presunción se edificó con base en la clasificación definida por el Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), herramienta de identificación que organiza a los individuos de acuerdo con su estándar de vida y permite la selección técnica, objetiva, uniforme y equitativa de beneficiarios de acuerdo con su condición socioeconómica particular, razón por la cual uno u otro criterio se confundían a la hora de declarar el grado de capacidad económica de cualquier habitante y sus posibilidades de acceso a un servicio por fuera del plan de servicios médicos respectivo. Sobre este punto se ha destacado en esta sede que "(...) respecto de las personas afiliadas al SISBEN esta Corporación ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a los mismos, por cuanto hacen parte de la población más pobre y vulnerable de Colombia."³⁵

Esto ha conducido a la aceptación de que, tratándose de sujetos afiliados al régimen subsidiado en salud, la carga de la prueba se traslada a la entidad promotora del servicio a la que, en virtud de lo anterior, le corresponde acreditar el potencial económico de la persona interesada en la prestación médica pertinente, si pretende derrumbar tal presunción.

Aún así, la Ley 1122 de 2007, de la forma en que fue modificada por el artículo 39 del Decreto 131 de 2010, introdujo una norma que plantea una importante variación en ese sentido debido a que el artículo 14 de misma, relativo a la organización del aseguramiento,

prevé que desde la vigencia de esa ley, “a) se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en el nivel I del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción. La población de los niveles II y III del Sisbén podrán recibir subsidio total o pleno siempre y cuando no cuenten con capacidad parcial de aporte de acuerdo con los instrumentos que defina el Gobierno Nacional para tal fin.”³⁶ Bajo esta nueva regulación no habría que acudir a la referida presunción para sustentar la exención plena en el pago de los servicios por parte de la población perteneciente al régimen subsidiado clasificadas en el nivel I del sisben; mientras que la aplicación de este beneficio tratándose de personas clasificadas en los niveles II y III de dicho sistema dependería de su falta de recursos, circunstancia que sí estaría supeditada a la referida presunción.

Igualmente, cabe apuntar que las personas beneficiarias del régimen subsidiado, para efectos de materializar el aseguramiento, deben acudir a las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado -EPS-S- obligadas a prestar el servicio con base, inicialmente, en lo dispuesto en el plan obligatorio de salud subsidiado plasmado en el Acuerdo 008 de 2009 del CRES. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998 -“por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”, por mandato del cual “cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta”; además de lo estructurado a través de la jurisprudencia de esta Alta Corporación en cuanto a la autorización de prestaciones por fuera de cualquier plan obligatorio de salud, reflejado en las subreglas previamente anotadas.

Caso concreto.

Como cuestión preliminar habría que definir si existe legitimidad en la parte accionante para interponer la acción de tutela de que se trata en representación de su menor hija. Cabe recordar en este punto que este mecanismo está previsto como una acción para la

invocación directa o impersonal de protección a los derechos fundamentales perturbados, como surge del artículo 86 de la Carta, que se refiere a la misma como una acción con la que cuenta toda persona para reclamar, “por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Además, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 -“por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”- prevé, en cuanto a la legitimidad e interés de quien interpone el amparo, que “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.”³⁷ La relación de los menores de edad con sus progenitores o las personas que ejerzan sobre ellos la patria potestad es un ejemplo prototípico de representación legal, como dispone el artículo 62 del Código Civil³⁸, lo que hace innegable la legitimidad activa de la parte accionante para impetrar tutela en beneficio de su hija menor.

Así las cosas, corresponde ahora valorar si el derecho a la salud en titularidad de la paciente, de indudable raigambre fundamental, ha sido comprometido con la actitud de la entidad demandada al omitir la aprobación de una cirugía prescrita para la superación de la hipoacusia que ésta padece. En primer lugar, el hecho de que la prestación reclamada se encuentre excluida del respectivo plan de salud se desecha como motivación para su negativa cuando, como ha sido insistentemente anotado: i) la falta del servicio médico vulnera el derecho a la salud; ii) éste no puede ser sustituido por uno previsto en el POS, POS-S o el respectivo plan obligatorio de salud; iii) la cancelación del servicio no puede ser asumida personalmente por el sujeto interesado; iv) éste fue ordenado por médico tratante adscrito a la empresa demandada regla que, como fue anteriormente señalado, admite ciertas excepciones.

La conducencia del primer y último requisito está condicionada a la existencia de la orden médica correspondiente, que da cuenta de la necesidad del servicio, requerimiento debidamente satisfecho en el caso concreto, pues fueron allegadas al expediente de tutela dos valoraciones en las que se prescribió la cirugía reclamada para la atención de la patología que soporta la menor: “HIPOACUSIA CONDUCTIVA MODERADA.” ³⁹ El otro criterio, el de la posibilidad de suplir la prestación solicitada por alguna incluida en el respectivo plan de servicios obligatorios, es también superable en vista de que ni los profesionales que

atendieron a la menor ni la entidad demandada defendieron esta alternativa en relación con la enfermedad referida y el estado médico de la menor en particular. La necesidad del servicio, por tanto, no ha sido objeto de discusión.

Ahora, de acuerdo con el carné de afiliación⁴⁰, la menor está clasificada en el nivel III del sisben, razón por la cual estaría exceptuada como beneficiaria de la primera hipótesis contenida en el artículo 14 de la Ley 1122, que dispone la exoneración ineludible de las personas pertenecientes al nivel I del sisben. En este caso se hace menester prueba de la incapacidad económica, al tenor del segundo inciso de dicha norma, para lo que es viable hacer uso, ahora sí, de la mencionada presunción, estructurada a fin de que corresponda a la parte más aventajada de la relación contractual demostrar que la persona perteneciente al régimen subsidiado, que está integrado por sujetos en condiciones de vulnerabilidad, posee recursos suficientes para autoproverseer el servicio.

Recae sobre la paciente y su familia una presunción de incapacidad económica que no fue desvirtuada en momento alguno por la entidad demandante, lo que le deja incólume como medio de prueba y permite predicar así: la falta de solvencia económica de este grupo, la satisfacción del mencionado requisito para la autorización de un servicio no POS-S, y la aplicabilidad del beneficio de que trata el antedicho artículo 14 de la Ley 1122 en relación con el subsidio pleno para la cancelación del servicio solicitado..

Por último, cabe precisar que de acuerdo con la regulación reciente sobre las funciones del Comité Técnico Científico corresponde al médico tratante, en contraposición a lo argüido por el juez de segunda instancia, diligenciar ante el comité la autorización de los servicios de salud no incluidos en el respectivo plan obligatorio⁴¹. Adjudicarle esa carga al paciente implicaría una violación del derecho a la salud debido a que “las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad”. ⁴² Ese no podría ser, por tal motivo, un argumento para negar una solicitud de amparo, pues la iniciación del trámite ante el comité es tarea de la EPS encargada, mas no del usuario del servicio.

Todo lo anterior confluye en la determinación de amparar el derecho a la salud invocado por la madre de la niña Andrea del Carmen Pérez Patiño y, en consecuencia, ordenar a la entidad demandada, SALUD VIDA EPS-S, autorizar a favor de la misma la práctica de la cirugía “DE

BAHA+VISTAFAX” prescrita para el tratamiento de la “HIPOATROFIA CONDCUTIVA MODERA” que la menor padece.

III. DECISIÓN

La Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el día 24 de septiembre de 2010 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, que a su vez revocó el proferido por el Juzgado Décimo Civil Municipal de esa misma ciudad en el trámite de la acción de tutela instaurada por Denis Lorena Pérez Patiño en representación de la menor Andrea del Carmen Pérez Patiño en contra de SALUD VIDA EPS-S.

Segundo. CONCEDER a favor la menor Andrea del Carmen Pérez Patiño el amparo del derecho a la salud y, en consecuencia, ordenar la autorización y práctica de la cirugía “DE BAHA+VISTAFAX” prescrita para el tratamiento de “HIPOACUSIA CONDUCTIVA MODERA” que la misma padece.

Tercero. LIBRENSE por la Secretaría General de esta Corporación las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 11 del cuaderno 3.

2 Folio 16 del cuaderno 3.

3 Folio 8 del cuaderno 3.

4 Folio 9 del cuaderno 3.

5 Folio 10 del cuaderno 3.

7 Folio 6 del cuaderno 3.

8 Folio 16 del cuaderno 3.

9 Folio 18 del cuaderno 3.

10 Folio 12 del cuaderno 2.

11 Ibidem.

12 Folio 13 del cuaderno 2.

13 Op.Cit., folio 16 del cuaderno 3.

14 Op. Cit., folio 10 del cuaderno 3.

15 Artículo 2° de la Constitución Política.

16 Artículo 49 de la Constitución Política.

17 De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 100 de 1993, “el Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.”

(Negrillas por fuera del texto original)

18 Artículo 2º de la Ley 100 de 1993.

19 Esta propuesta teórica fue inicialmente elevada em sentencia T-573 de 2005 que fue posteriormente desarrollada por sentencia T-016 de 2007.

20 Artículo 24, numeral 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño

21 Artículo 12 del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

22 Punto 9 de la Observación.

23 En el punto 31 de la Observación se precisa que “la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.”

24 Punto 30 de la Observación.

25 Punto 12 de la Observación.

26 Fundamento Jurídico 4.4.1. de la Sentencia.

27 Ver, entre otras, la sentencia T-760 de 2008. En esta providencia se señaló que para poder negar un servicio bajo el argumento de que no se trata de uno prescrito por médico adscrito a la entidad respectiva, debe corroborarse que:“(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente. Así pues, “en estos casos, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión, y si no desvirtúa el concepto del médico externo, entonces atender y cumplir lo que éste prescribió.”

28 Ello concuerda con lo dicho en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

29 Fundamento Jurídico N° 4.4.3.2.2. de la sentencia. Para la concreción de estas reglas se volvió lo dicho en sentencias como la T-1204 de 2000 reiterada posteriormente en fallos como las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

30 En la sentencia T-683 de 2003 fueron sintetizadas las subreglas aplicables a la determinación de la incapacidad económica, las cuales han sido reiteradas con posterioridad.

31 En la jurisprudencia de esta Corporación inicialmente fue solo admitida la valoración hecha por el medico tratante adscrito a la entidad demandada, sin embargo, con base en un ingrediente reconocido recientemente como constitutivo del derecho a la salud, el derecho al diagnóstico, se ha flexibilizado el cumplimiento de este requisito.

32 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001 y T-344 de 2002.

33 Sentencia T-926 de 2004 reiterada en sentencias T-1311 de 2005 y T-464A de 2006.

34 De acuerdo con el numeral 2° del literal a) del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, “Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad

de pago.”

35 Sentencia T-572 de 2006.

36 Artículo 14 literal a) de la Ley 1122 de 2007.

37 Artículo 10° del Decreto 2591 de 1991.

38 Esta norma dispone: “Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1. <Ordinal modificado por el artículo 1 del Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente:> Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21* años (...)”, norma que debe interpretarse en consonancia con la ley 27 de 1977, que fijó la mayoría de edad en 18 años.

39 Folios 9 y 16 del cuaderno 3.

40 Folio 11 del cuaderno 3.

41 El artículo 4° de la Resolución 2933 de 2006 establece las funciones de los Comités Técnicos Científicos, estableciendo que al primera de ellas es ‘analizar para su autorización las solicitudes presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, el suministro de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan’. El artículo 7° de la Resolución establece el Procedimiento para la autorización, reiterando que ‘las solicitudes deberán ser presentadas al Comité por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento.’

42 Sentencia T-976 de 2005. Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones por la jurisprudencia constitucional, entre otras, a través de las sentencias T-1164 de 2005, T-840 de 2007 y T-144 de 2008.