

Sentencia T-218/04

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Práctica de exámenes por pubertad precoz

Referencia: expediente T-754722

Acción de tutela instaurada por Wilson Neider Riveros Amaya, en representación de su hija menor María Camila Riveros Yaya, en contra de FAMISANAR E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Bogotá D. C., ocho (8) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en uso de sus facultades constitucionales y legales ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Wilson Neider Riveros Amaya, en representación de su hija menor María Camila Riveros Yaya, en contra de FAMISANAR E.P.S .

### I. ANTECEDENTES

#### Hechos

1. En representación de su hija menor María Camila Riveros Yaya, el ciudadano Wilson Neider Riveros Amaya interpuso acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S. Relata el demandante que su hija sufre pubertad precoz.

La médica tratante, perteneciente a FAMISANAR, ordenó que le fueran practicados exámenes de SS TEST LHRH para LH 90841 (3 muestras) y FSH (3 muestras), en tres tiempos 0, 30 y 60 minutos, y ESTADIOL 0 minutos 8 horas (dos muestras). La E.P.S. negó la práctica de los

exámenes, por no estar contemplados en el P.O.S.

El demandante sostiene que carece de recursos suficientes para sufragar el costo del examen. Aduce que la negativa de practicar el examen pone en riesgo las oportunidades de desarrollo normal de la menor y niega el derecho a una vida digna.

2. Ante requerimiento del juez de instancia, COLSUBSIDIO informó que efectivamente el procedimiento fue negado por no estar incluido en el POS. Que los exámenes “se solicitaron con el fin de aclarar la patología de la paciente, es la única forma de demostrar la PUBERTAD PRECOZ, que clínicamente se sospecha en la menor y, finalmente, que la urgencia del diagnóstico se debe a la necesidad de iniciar un tratamiento oportuno.

En cuanto al costo del procedimiento, este alcanza la suma total de \$ 308.258.

3. FAMISANAR E.P.S. intervino para justificar su posición. En primer lugar, reitera que los exámenes se encuentran excluidos del P.O.S. De otra parte, sostiene que la familia posee recursos económicos suficientes, habida consideración del salario base de cotización de la madre.

Sentencia que se revisa.

4. Mediante sentencia del 21 de mayo de 2003, el Juzgado Cincuenta y Tres Penal Municipal de Bogotá negó la tutela. Señala la Juez que, por tratarse de un examen que se practica una sola vez, los ingresos familiares (superiores al millón de pesos), son suficientes para cubrir el costo del mismo.

Sin embargo, advierte que de diagnosticarse y comprobarse que la menor padece pubertad precoz, la entidad deberá asumir el 100% del costo del tratamiento, pues los recursos de la familia resultarían insuficientes para atender tal erogación.

Autoriza a FAMISANAR para que, en caso de iniciarse tratamiento, repita ante el FOSYGA por los valores cubiertos y no contemplados en el P.O.S.

Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

5. La Corte Constitucional solicitó información sobre los exámenes ordenados a la menor, en

razón a que el Manual de Procedimientos e Intervenciones del P.O.S. -MAPIPOS- contempla algunos con nombre similar.

FAMISANAR y el Ministerio de la Protección Social informaron que si bien el MAPIPOS contempla exámenes LH, FSH y de Estadiol, se trata de muestras aisladas, “que se toman a los pacientes una sola vez y en un momento dado”. Tales exámenes permiten establecer “cuales son los niveles de hormonas en el momento de tomar la muestra”.

El examen prescrito, por su parte, demanda la aplicación de un medicamento que permite la medición de las hormonas en distintos momentos. FAMISANAR indica que dicho medicamento no está cubierto por el P.O.S.

6. La Academia Nacional de Medicina respondió al cuestionario enviado por la sala de revisión. En ella indica que la pubertad precoz consiste en la “aparición de signos físicos y hormonales del desarrollo puberal, a una edad más temprana de la que es considerada como el límite normal”.

Advierte sobre la posibilidad de que tales desarrollos tempranos ocurran por causas hormonales o debido a “alteraciones funcionales u orgánicas del sistema nervioso central”. El diagnóstico se hace a partir de una “historia clínica muy bien elaborada y es necesario identificar si existe patología orgánica como causa de la pubertad precoz, neoplasias del sistema nervioso central, gonadales, suprarrenales, etc; hay que definir si es un evento aislado (telarquia o pubarquia prematuras) y buscar causas endocrinas en todos los casos”.

En cuanto al diagnóstico o tratamiento tardío, indica que puede generar alteraciones del desarrollo psicosexual y resultados finales de talla disminuida.

7. La Sala solicitó información más precisa sobre la utilidad u objeto específico de los exámenes y si tales test son requeridos para garantizar la efectividad de los tratamientos de las personas que sufren pubertad precoz.

FAMISANAR indicó que los exámenes prescritos -test LHRH o GNRH-, tienen por objeto “determinar el diagnóstico y seguimiento del tratamiento de la pubertad precoz”. Frente a la pregunta específica de si tales test son requeridos para “garantizar la efectividad de tratamiento de personas que padecen pubertad precoz”, la entidad respondió que “sí los test

LHRH o GNRH son requeridos para indicar el diagnóstico y la evolución del tratamiento del paciente que padece pubertad precoz”.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

8. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias de la referencia.

### Problema jurídico.

9. El demandante considera que la negativa de FAMISANAR de cubrir la práctica de un examen por estar excluido del P.O.S., viola los derechos fundamentales de su hija menor a una vida digna y a su desarrollo normal. Aduce que carece de recursos para costear dicho examen.

FAMISANAR indica que el examen es necesario para diagnosticar debidamente a la menor y así iniciar tratamiento contra la pubertad precoz. Señala que no puede costearlo, por estar excluido del P.O.S. Indica que la familia cuenta con recursos suficientes para costear el examen.

La juez de instancia niega la tutela por considerar que el costo del examen no es de tal magnitud que coloca a la familia en una situación que afecte sus derechos fundamentales. Precisa que de requerirse nuevos exámenes estos deberán ser costeados por la E.P.S.

FAMISANAR ha informado a esta Corporación de que el examen es requerido para indicar el diagnóstico y garantizar la correcta evolución del tratamiento.

La Corte Constitucional deberá analizar si la exclusión del Plan Obligatorio de Salud de un examen que permite un correcto diagnóstico y necesario para indicar la evolución de un tratamiento de pubertad precoz, implica una restricción inconstitucional al derecho fundamental a la salud o a la integridad física de menores de edad.

### Derecho fundamental a la salud.

10. La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud, debido a sus características y el alcance definido en los tratados internacionales, no tiene carácter fundamental. También ha señalado que una vez el Estado colombiano ha fijado contenidos concretos en materia de atención a la salud, el derecho a la salud, en relación con tales contenidos, adquiere rango fundamental<sup>1</sup>.

Lo anterior se apoya en la necesidad de asegurar al Estado colombiano un amplio margen de configuración en torno a los bienes y servicios de salud que el sistema está en capacidad de garantizar. Así, no puede desconocerse que los tratados sobre la materia, en particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General N° 14, reconocen dicho margen de apreciación y sujetan la garantía del derecho a la salud a un mandato de progresividad.

Ello implica primacía del principio democrático en el diseño del sistema de salud y la definición de los parámetros de atención, como se analizó en sentencia SU-111 de 1997. Al fijarse normativamente los elementos que definen las condiciones de acceso a los mecanismos de atención a la salud y contenidos cubiertos por el sistema, se generan derechos subjetivos, susceptibles de protección judicial directa.

11. El margen de configuración que se ha reconocido para los Estados en esta materia, no es absoluto. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha fijado, a partir del mandato contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, algunos parámetros dentro de los cuales puede el Estado legítimamente adoptar sus medidas. El desconocimiento de los mismos, conduce a la violación del Pacto y, por lo tanto, de la Constitución Política.

Para el presente caso interesan dos literales del numeral 2 del artículo 12 del citado pacto. De conformidad con el literal a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para “la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En la Observación General N° 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, avanza sobre la interpretación de tales disposiciones. En relación con el literal d transcrito,

indica que incluye el acceso a tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes. En cuanto a la atención de la salud de menores, en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño, se indica que es necesario “promover el sano desarrollo de los niños” y que la “consideración primordial en todos los programas y políticas con garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente”.

Así mismo, y de manera general para el derecho a la salud, se demanda que las regulaciones sobre la materia han de asegurar que los establecimientos, bienes y servicios de salud, deben respetar condiciones de calidad, no sólo a partir de criterios culturales, sino, además, en el plano científico.

12. Según se ha establecido en el presente proceso, hacen parte del P.O.S. exámenes sobre las condiciones hormonales de las personas. Así mismo, en el plan de medicamentos se cuentan algunos medicamentos dirigidos a atender algunos factores relacionados con alteraciones hormonales. Sin embargo, está excluido del P.O.S. un examen que, según informa la E.P.S. es requerido para indicar debidamente el diagnóstico y para determinar la correcta evolución del tratamiento.

Prima facie, tal exclusión resulta lesiva del derecho fundamental a la salud, pues no incorpora un elemento que asegura la calidad del servicio de salud y no promueve debidamente el desarrollo del menor. No se explica la Corte cómo puede excluirse del P.O.S. un examen que es requerido para garantizar la correcta evolución de un tratamiento médico.

Tal exclusión, por otra parte, desconoce los parámetros constitucionales en materia de salud y seguridad social, pues la Carta manda que los recursos destinados a atender estos servicios, han de utilizarse de manera eficaz y eficiente.

La iniciación de tratamientos sin la posibilidad de monitorear debidamente la evolución de los pacientes, supone dilapidar recursos escasos, pues no existe una real capacidad para determinar si dicho tratamiento llegará al final esperado o si resulta no idóneo para atender el mal.

13. El derecho fundamental a la salud comprende, una vez incorporado un servicio o bien

dentro del sistema de salud –sea salud pública o sistema de seguridad social en salud-, la garantía de que únicamente se adoptarán las medidas que resulten eficaces para atender el mal que padece una persona. Lo contrario, esto es, suministrar medicamentos o someter a tratamientos que no pueden ser evaluados y vigilados debidamente, supone una suerte de actividad experimental con las personas. Actividad prohibida expresamente en los tratados internacionales y un mecanismo de deshumanización de la persona, prohibida por la Constitución Política de Colombia<sup>2</sup>.

Esta Corporación ha avanzado sobre este punto y en reiterada jurisprudencia, iniciada en la sentencia T-849 de 2001, se ha precisado que el derecho a la salud comprende el derecho a un diagnóstico certero. Así, dentro de la línea que se menciona, se ha protegido, como componente del derecho fundamental a la salud, la realización de la carga viral para atender a las personas que padecen SIDA.

14. En el presente caso la Corte no ha realizado el debate probatorio que soportó la decisión mencionada, razón por la cual no puede concluir de manera certera que los exámenes ordenados a la menor demandante, constituyen la única y mejor forma de evaluar y diagnosticar debidamente su mal.

Por lo mismo, y ante el señalamiento de FAMISANAR en el sentido de que los exámenes tienen por objeto “indicar el diagnóstico y la evolución del tratamiento del paciente que padece de pubertad precoz”, resulta claro para esta Corporación que es necesario una revisión del P.O.S. y su plan de medicamentos a fin de determinar si dichos exámenes son efectivamente requeridos para lograr el correcto diagnóstico y tratamiento de la pubertad precoz.

15. FAMISANAR ha brindado información contradictoria a la Corte Constitucional. De una parte, ha señalado que sólo está excluido del P.O.S. el medicamento requerido para la práctica del examen indicado en los hechos de esta sentencia y, por otra, ha señalado que el examen mismo se encuentra excluido del P.O.S.

Sea como fuere, se ordenará al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que, con el apoyo de la secretaría técnica del organismo, proceda a analizar si el examen ordenado a la menor demandante es requerido para lograr un debido diagnóstico y tratamiento de la pubertad precoz. En caso afirmativo, deberá adoptar las medidas necesarias para que sea

incluido en el Manual de Procedimientos e Intervenciones del P.O.S. o en el Manual de Medicamentos del P.O.S. Dicha evaluación y decisión definitiva no podrá superar el término de 6 meses a partir de la notificación de la presente sentencia.

Protección de los derechos de la menor.

16. La juez de instancia consideró que la familia de la menor contaba con recursos para sufragar por una vez el examen requerido. Ello, a partir de una evaluación del ingreso base de cotización, el hecho de que el padre de la menor recibía ingresos ocasionales y el costo del examen. Señaló, por otra parte, que si se requerían nuevos exámenes, éstos debían ser cubiertos por la E.P.S.

La familia de la menor no objeto la decisión adoptada por la Juez, razón por la cual la Corte entiende que cubrir el examen inicial no implica una erogación imposible para la familia de la demandante.

Empero, la posibilidad de que E.P.S. FAMISANAR pueda repetir contra el FOSYGA se sujeta a que en la evaluación que se ordena en el fundamento 15 de esta sentencia no se llegue a la conclusión de que se trata de un examen requerido para la efectividad del tratamiento y, por lo mismo, no se incluya en el P.O.S. (sea como tratamiento o intervención o en el componente de medicamentos).

En caso de que, luego de la evaluación, no se incluya en el P.O.S., se mantendrá la autorización de repetir contra el FOSYGA a efectos de garantizar la continuidad del tratamiento, salvo que se desprenda la existencia de medios más idóneos e incluidos en el P.O.S. para asegurar la evaluación constante del tratamiento brindado a la menor.

### III. DECISIÓN

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.- Levantar la suspensión de términos en el presente proceso

Segundo. Confirmar, por las razones expuestas en la presente sentencia, el fallo del Juzgado Cincuenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, de fecha 21 de mayo de 2003.

Tercero.- - Ordenar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que, en el término máximo de 6 meses, evalúe si el examen ordenado a la menor demandante es requerido para lograr un debido diagnóstico y tratamiento de la pubertad precoz. En caso afirmativo, deberán adoptarse las medidas necesarias para que sea incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Cuarto.- Advertir a FAMISANAR que la posibilidad de repetir contra el FOSYGA, en los términos de la sentencia que se confirma, está sujeto a la determinación que adopte el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en los términos indicados en el fundamento 17 de esta providencia.

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

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

Secretario General (E)

1 Sentencia T-859 de 2003.

2 Sentencia T-1083 de 2002