

Sentencia T-220/03

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de tratamiento médico a menor

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de tratamiento señalado por médico tratante aunque no figure en lista del POS/ACCION DE TUTELA-Imprudencia cirugía implante coclear por no estar ordenado por médico tratante

Referencia: expediente T-680944

Peticionario: Serafina Quiroga Calderón

Accionado: Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Santander

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil tres (2003).

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga el 11 de octubre de 2002, y por el Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga, Sala de Decisión Civil, el 1 de noviembre de 2002.

## I. HECHOS

1. La señora Serafina Quiroga Calderón interpuso acción de tutela en nombre y representación de su menor hijo Abel Beltrán Quiroga, quien sufre de sordera longitudinal debido a que en su sexto mes de embarazo tuvo un episodio de rubeola.
2. El menor es beneficiario de su padre, quien a su vez es cotizante del Instituto de los Seguros Sociales. Por orden del médico tratante del Seguro Social, a Abel Beltrán Quiroga le fueron realizadas dos terapias de lenguaje, como único tratamiento recibido.
3. Como resultado del estudio electrofisiológico auditivo, realizado en la “Clínica de Otorrinolaringología Audifón” de la ciudad de Bucaramanga, a Abel Beltrán Quiroga el 16 de septiembre de 2002, el médico sugirió la adaptación de audífonos bilaterales, el inicio del entrenamiento auditivo-oral por parte de fonoaudiología, y su inclusión como candidato en Programa de Implante Coclear.
4. En vista de la negativa del Seguro Social a la realización del implante, la accionante considera que a su hijo se le están violando los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social. Por lo tanto SOLICITA que el juez ordene al ISS que a su hijo se le realice el implante coclear y los tratamientos que sean necesarios.

## II. PRUEBAS

1. Certificado del registro civil de nacimiento de Abel Beltrán Quiroga, nacido el 30 de marzo de 1996 en Girón, Santander, cuyos padres son Serafina Quiroga Calderón y Abel Beltrán Arenas.f.1
2. Informe de evolución de Abel Beltrán Quiroga presentado por la Asociación Santandereana Pro-Niños Retardados Mentales, ASOPORMEN, el 2 de junio de 2000. El diagnóstico es de “sordera longitudinal”. Indica la terapeuta tratante que el tratamiento realizado “se enfocó en la estimulación multisensorial, al igual que el contacto visual, ya que este es importante, teniendo en cuenta su alteración auditiva (...). Su evolución ha sido satisfactoria, ya que se

ha logrado mayor independencia, empatía con el menor, atención y contacto visual más prolongado(...). Se recomienda el ingreso al plantel escolar al igual que la continuidad con el tratamiento fonoaudiológico."f.2.

3. Manual sobre el Sistema de Implantación Coclear, editado por Advanced Bionics Corporation.f.4

4. Carnet de afiliación al Seguro Social de Abel Beltrán Arenas, con fecha de afiliación el 2 de julio de 1997.f.18

5. Carnet del Instituto de los Seguros Sociales de Abel Beltrán Quiroga como beneficiario de Abel Beltrán Arenas, con fecha de afiliación 15 de septiembre de 1998.f.19

6. Resultado del examen de "Potenciales evocados auditivos de corta latencia" realizados en el Instituto Clínico de Salud de Bucaramanga, ICESA S.A, a Abel Beltrán Quiroga el 9 de noviembre de 2001. La interpretación de los exámenes dice "Estudio anormal altamente sugestivo de hipoacusia neurosensorial bilateral por lesión coclear y/o del VII par."f.21

7. Resultado del estudio electrofisiológico auditivo, realizado en la Clínica de Otorrinolaringología a Abel Beltrán Quiroga el 16 de septiembre de 2002. Señala que el paciente tiene como antecedentes "rubiola durante el 6º mes de embarazo", y da como conclusiones y recomendaciones " umbral electrofisiológico auditivo aumentado de grado profundo bilateral, para las frecuencias evaluadas en potenciales con estímulo click (2-4 KHz)". A criterio del médico tratante se sugirió " adaptación de audífonos bilaterales; Iniciar entrenamiento auditivo-oral por parte de fonoaudiología, con pautas a la familia; Incluir como candidato en Programa de implante coclear."f.24

8. Resumen de la historia clínica de Abel Beltrán Quiroga en el Instituto de los Seguros Sociales, con fecha del 21 de marzo de 2000. Aparece como diagnóstico presuntivo el de "sordomudo".f.28

10. Constancia expedida por el Seguro Social, Seccional Santander, de que Abel Beltrán Arenas figura con vinculación registrada el día 1 de julio de 1999, bajo el empleador Industria de Ruedas LTDA, y que tiene como beneficiarios a Carlos Andrés Beltrán Quiroga, Abel Beltrán Quiroga, Serafina Quiroga Calderón, Javier Mauricio Beltrán Quiroga.f.47

11. Artículo del diario El Tiempo, publicado el 4 de octubre de 2002, con el nombre “Niños con oídos biónicos”. En el artículo hay un concepto del médico Germán Pablo Sandoval, de la Fundación Oftalmológica de Santander, quien dice que mucha gente no sabe que el implante existe, y eso es triste “porque las posibilidades de recuperación del oído y del habla son mucho mejores antes de los 6 años.”f.57

Respuesta de la accionada

En escrito del 11 de octubre de 2002, el Gerente del ISS dio respuesta al oficio No 1872 de 2002 enviado por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga. Informó el accionado que el menor Abel Beltrán Quiroga aparece inscrito a la EPS-ISS en calidad de beneficiario de Abel Beltrán Arenas, quien cotiza bajo el empleador INDURRUEDAS LTDA, reportando pagos hasta el ciclo de julio de 2002, que el menor ha sido valorado por médico particular quien con base en la patología que presenta y los estudios clínicos realizados al afiliado beneficiario, recomienda el procedimiento de “implante coclear”, y que dicho implante no se encuentra incluido dentro del POS y por lo tanto no puede ser suministrado por la entidad accionada. Concluye que la razón por la cual no suministra el tratamiento solicitado es porque éste no se encuentra incluido dentro del POS. Señala que si el juez decide conceder la tutela, deberá asimismo ordenar que el valor del procedimiento lo asuma el FOSYGA, por este el directamente responsable. Resalta que por el uso indiscriminado que se le ha dado al FOSYGA, los recursos con los que contaba se terminaron.

### III. SOLICITUD DE PRUEBAS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante auto del 13 de febrero de dos mil tres (2003) la Corte solicitó a Jorge E. Arango Delgado, médico tratante del Seguro Social, Seccional Santander, del menor Abel Beltrán Quiroga, que en el término de cinco (5) días hábiles posteriores a la notificación del auto, emitiera su concepto sobre la necesidad de realizarle la cirugía de implante coclear, así como su concepto sobre si hay otros procedimientos sustitutivos a esta cirugía que le representarían el mismo grado de efectividad.

En respuesta llegada a la Corte el 3 de marzo de 2003, el médico Jorge E. Arango Delgado dio respuesta a en los siguientes términos:

1.”En la actualidad recuerdo haber atendido aproximadamente 3 personas menores de edad,

que requerían de la evaluación de un especialista en OTOLOGIA, para una posible adaptación de implante coclear. Como en la ciudad de Bucaramanga en el Seguro Social no hay Otólogo, los casos se remitieron al Seguro Social Sección I Bogotá, para que asumiera y diera las recomendaciones médico científicas que el caso amerita.

2. Como consecuencia de lo anterior, ruego con todo respeto al Honorable Magistrado dirigirse al la Señora Serafina Quiroga Calderón, para que indique qué Médico Otólogo examinó al menor Abel Beltrán, para que sea por conducto de él, que emita en razón a su especialidad, el concepto médico científico que se me solicita.”

Mediante auto del 10 de marzo de 2003, la Corte decidió levantar los términos de suspensión.

## I. DECISIONES JUDICIALES

### A. Primera Instancia

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, en sentencia del 11 de octubre de 2002, decidió no tutelar los derechos invocados por Serafina Quiroga Calderón a favor de su hijo Abel Beltrán Quiroga. Consideró el juez que al menor le asiste el derecho de reclamar la protección de su derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, y que la entidad promotora de salud debe desplegar con celeridad y eficiencia acciones integrales de prevención, curación y rehabilitación del paciente. Sin embargo, al no existir orden del médico tratante de la EPS-IPS para practicar el implante coclear recomendado, el Juez no accedió a ordenar la práctica del examen. Acalra que en todo caso el menor tiene derecho a la consulta especializada a fin de determinar con precisión si requiere del implante coclear, y señala que en caso de que el especialista lo disponga deberá realizarse el implante, pues de lo contrario queda el afiliado en libertad de instaurar acción de tutela para tal efecto.

### A. Segunda instancia

En sentencia del 1 de noviembre de 2002, el Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga, Sala de Decisión Civil, decidió confirmar la sentencia de primera instancia, a pesar de que, en su opinión, en el caso objeto del fallo se dan las condiciones para inaplicar la reglamentación que excluye el medicamento del POS. Consideró el Tribunal que por tratarse de una limitación fisiológica congénita, el Seguro Social, EPS a la que está vinculada la madre del menor, estaría en la obligación de prestar la atención integral hasta el cumplimiento de su primer año y a partir de entonces, por su registro como beneficiario de esos mismos servicios, bajo el supuesto de que el procedimiento haya sido ordenado por el tratante.

## V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### A. Competencia

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

### A. Fundamentos

#### a. Problema jurídico

En el presente fallo la Corte deberá entrar a decidir si el criterio de médicos particulares es suficiente para obligar a la entidad encargada de prestar el servicio de salud a realizar un determinado servicio médico.

#### a. El derecho fundamental de los niños a la salud

El artículo 44 de la Carta Política consagra los derechos fundamentales de los niños. Entre ellos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social. Por lo tanto, por tratarse de los niños, el derecho a la salud adquiere el rango de fundamental sin necesidad de que tenga conexión con el derecho a la vida.

Si además se trata de un menor de edad con alguna debilidad física o síquica, gozará de atención especializada que requiera, según la política de previsión, rehabilitación e integración social señalada en el artículo 47 de la Constitución.

Cuando está de por medio el derecho fundamental a la salud de un menor la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar la inaplicación del reglamento del Plan Obligatorio de Salud, que excluye el tratamiento médico solicitado, esto cuando el empleo estricto de los reglamentos del POS, conlleva a la vulneración de su derecho fundamental de tener una vida en condiciones dignas.

a. Puede, por tutela, ordenarse tratamientos que no figuran en el listado, pero hay necesidad de que las actividades, tratamientos, medicamentos o intervenciones y procedimientos, hayan sido ordenados por el médico tratante de la entidad promotora de salud obligada a prestar el servicio de salud

Es obligación del Estado garantizar el acceso a los servicios de salud y regular el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados con el propósito de mantener o recuperar su salud<sup>1</sup>. Estos beneficios los puede prestar el Estado de forma directa o a través de terceros<sup>2</sup>.

El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS, es uno de los planes de beneficio del Sistema de Seguridad Social. Igualmente es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>3</sup>.

El artículo 18 de la Resolución No 005261 de 1994 contiene las exclusiones y limitaciones del POS, que son todos aquellos procedimientos, actividades, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento 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 en este artículo.

A pesar de esto, la Corte Constitucional ha sostenido que cuando el derecho fundamental a la vida esté amenazado, se podrá ordenar el suministro de medicamentos que están excluidos del POS, inaplicando así la normatividad existente. En efecto, en sentencia T-488 de 2001, se indicó que: " la Corte ha protegido el derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna, ordenando la práctica o suministro de tratamientos, medicamentos o elementos excluidos del POS, en razón a que prima la norma superior que protege el mencionado derecho fundamental."

Para que proceda dicha protección debe tenerse en cuenta el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

1. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado.

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

3. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

4. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico de la entidad prestadora de Servicios de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Sobre este último punto la Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades, como es el caso de la sentencia SU-480 de 19974: “El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente. Cuando lo recetado en las anteriores condiciones no figura en la lista de medicamentos que el Ministro de Salud o la Entidad correspondiente elabora, de todas maneras la entidad afiliadora lo debe proporcionar.” Por esta razón, sin la prescripción del médico tratante, la respectiva EPS no tiene ninguna obligación de proporcionar el servicio médico requerido.

#### a. Del caso en concreto

El presente caso trata sobre Abel Beltrán Quiroga, menor de edad que sufre de sordera longitudinal, pues su madre tuvo un episodio de rubeola en el embarazo, y a quien especialistas en la materia le han sugerido un implante coclear, como la mejor opción para desarrollar el habla y el lenguaje.

Si bien es cierto que la falta de esta cirugía que está excluida por el POS amenaza los derechos constitucionales fundamentales a la vida digna, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social del menor, que un posible sustituto no tendría el mismo nivel de efectividad que el implante coclear, y que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud, la realización del implante no fue recomendada por el médico tratante del Instituto de los Seguros Sociales. Esta es la razón por la cual la presente acción de tutela no puede prosperar, ya que otra hubiera sido la situación si la orden del implante hubiera provenido del médico tratante de la EPS encargada<sup>5</sup>, y de esta forma tratar de conseguir la normalidad en su problema de audición.

Sobre este aspecto en la sentencia T-753 de 20016, que también trata sobre la solicitud de un implante coclear para un menor, la Corte estableció: “quiere dejar claro esta Sala de Revisión que la inaplicación del Plan Obligatorio de Salud no es automática, pues se deben cumplir una serie de requisitos establecidos por la Corte Constitucional.” En esta sentencia se daban cumplimiento a los requisitos antes mencionados. Por ello, y en virtud a que el

derecho a la vida implica una existencia en condiciones de dignidad y no a una mera existencia, concluyó la Corte “que si existe un procedimiento quirúrgico que le permite al menor acceder al mundo del sonido, no se ve como se le puede negar ese derecho. Respecto de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana.7”

## VI. DECISIÓN

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

### RESUELVE

PRIMERO : CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito, Sala de Decisión Civil, el 1 de noviembre de 2002, respecto a la acción de tutela instaurada por Serafina Quiroga Calderón, en nombre y representación de su menor hijo Abel Beltrán Quiroga, y en contra del Instituto de los Seguros Sociales.

SEGUNDO : Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Constitución Política, arts, 48 y 49.

2 Ver, 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 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.

3 Ver, Decreto 806 de 1998

4 SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

5 Ver, T-758 de 1998, T-153 de 2000. T-475 de 2000, T-753 de 2001

6 T-753 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, " El menor Francisco Figueroa es un joven de diez y seis años, que desde la edad de doce años tuvo que enfrentarse con la circunstancia de ser un niño sordo, y que por medio de un implante coclear que no esta contemplado en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, contenido en la Resolución Número 5261 del 5 de agosto de 1994, quiere reincorporarse a la sociedad para ser el niño normal que era antes de su enfermedad."

7 Sentencia T- 499 de 1992, Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.