

Sentencia T-280/08

(Marzo 14 de 2008)

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Incorpora el derecho al diagnóstico

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Reglas de procedencia para ordenar suministro de medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Realización por la EPS de examen de diagnóstico de menor con disminución sensorial o psíquica

Referencia: expediente T-1.748.071

Accionante: Gloria Edith Rodríguez en representación de su hija menor de edad Juliana Sánchez Rodríguez

Accionado: E.P.S. SANITAS S.A.

Fallo de tutela objeto de revisión: sentencia del Juzgado Cincuenta y Siete Civil Municipal, del 24 de septiembre de 2007 (1ª instancia).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

ANTECEDENTES

1. Pretensión

La actora instauró acción de tutela¹, en representación de su hija menor de edad, para obtener la protección de su derecho fundamental a la salud, por cuanto la entidad demandada se ha negado a autorizarle los exámenes ordenados a la menor por su médico tratante para confirmar el diagnóstico de “posible encefalopatía mitocondrial”.

2. Respuesta de la entidad accionada

2.1 La entidad accionada en su escrito de contestación confirma que la menor Juliana Sánchez Rodríguez se encuentra afiliada a la E.P.S. Sanitas S.A. en calidad de beneficiaria de su madre Gloria Edith Rodríguez Espinosa.

2.2. Señala que a la menor le fueron ordenados unos exámenes diagnósticos que no se encuentran incluidos en el P.O.S.2 (Resolución 5361 del 5 de agosto de 1994). Además sostiene que así como lo establece el Decreto 806 del 30 de abril de 1998 en su artículo 29, “cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluido en el P.O.S. deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes”

2.3 Sostiene que la E.P.S. SANITAS no ha vulnerado el derecho a la salud de la menor pues se le ha brindado todos los servicios menos los que por ley están excluidos del P.O.S.

2.4 Por último, después de citar la sentencia SU-819 de 1999, advierte que el juez debe solicitar a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. La menor Juliana Sánchez Rodríguez, quien al momento de interponer esta acción de tutela tenía 2 años y 2 meses de edad, es hija de la señora Gloria Edith Rodríguez Espinosa³.

3.2. La menor está afiliada a la E.P.S. SANITAS desde el 14 de julio de 2005 como beneficiaria de su madre⁴.

3.3. El médico tratante de la menor le diagnosticó sospecha clínica de “encefalopatía mitocondrial”, retardo severo y advirtió su bajo peso y su baja talla⁵.

3.4. Para confirmar el anterior diagnóstico, el médico tratante ordenó a la menor los

siguiente exámenes diagnósticos: (i) ácidos orgánicos por cromatografía de gases; (ii) aminoácidos cualitativos por cromatografía en orina; (iii) aminoácidos cualitativos por cromatografía en sangre; y (iv) ácido pirúvico y ácido láctico por método enzimático⁶.

3.5. La E.P.S. SANITAS el 13 de marzo de 2007 negó los exámenes diagnósticos a la menor de edad por no encontrarse dentro del P.O.S.7.

4. Decisiones de tutela objeto de revisión y pruebas en sede de revisión

4.1 Fallo de Primera Instancia (Juzgado Cincuenta y Siete del Juzgado Civil Municipal).

4.2 Trámites y pruebas en sede revisión

4.2.1 El día 10 de marzo de 2008, la señora Gloria Edith Rodríguez Espinosa remitió a la Secretaria de la Corte Constitucional escrito en el que relaciona los gastos mensuales en los que ella, siendo la única persona que está respondiendo por su hija, tiene que incurrir, así:

“TOTAL DE INGRESOS MENSUALES: \$400.000. GASTOS: (i) seguridad social: \$59.000; (ii) transporte: \$150.000; (iii) alimentación: \$150.000; (iv) personales: \$60.000; (v) gastos de la niña: \$120.000; servicios públicos \$60.000. TOTAL GASTOS MENSUALES \$599.000”.

En el mismo escrito sostiene que a su hija no se le ha podido dar un diagnóstico en tanto que no se le han efectuado los exámenes solicitados por su médico tratante.

Manifiesta que su hija requiere de un plan de rehabilitación integral debido a su retraso motor, por lo que todos los días ella y la menor se tienen que desplazar a la Clínica Universitaria Teletón, teniendo que costear los gastos del transporte desde la ciudad de Bogotá hasta Chía. Además tiene que asumir otros gastos como vestuario, pañales, leche, etc. que requiere su hija, teniendo que acudir a la ayuda de su familia o a créditos en tanto que sus ingresos mensuales no son suficientes para suplir todas estas necesidades.

Finalmente, relaciona el costo de cada uno de los exámenes que se le deben practicar a la menor y que por falta de recursos no se le han podido efectuar, el costo total de estos es de \$640.000.

4.2.2 Mediante auto del 13 de marzo de 2008, la Sala de Revisión le dio traslado a la entidad

demandada de los documentos aportados por la accionante, en instancia de revisión, y se le solicitó que informara sobre: “si el caso de la menor Juliana Sánchez Rodríguez se ha puesto en conocimiento de un comité médico para estudiar la posibilidad de remplazar los exámenes diagnósticos solicitados por el médico tratante de la menor por otros exámenes que estén incluidos en el P.O.S.” y “que monto cotiza a salud la señora Gloria Edith Rodríguez Espinosa”.

4.2.3 La entidad demandada mediante escrito, que hizo llegar a la Secretaria de esta Corporación el 14 de marzo del año en curso, informó a este despacho que: (i) la menor Juliana Sánchez, se encuentra afiliada a la E.P.S. SANITAS S.A. como beneficiaria de la accionante, Gloria Edith Rodríguez Espinosa; (ii) los exámenes en mención sí fueron prescritos a la menor, pero su cobertura no fue autorizada dado que estos no se encuentran incluidos en el P.O.S.; (iii) los exámenes prescritos a la menor no han sido sustituidos por otros ni a solicitud del médico tratante, ni por concepto del comité médico; (iv) el caso de la menor fue evaluado por una junta fisiatra que conceptuó que la paciente presenta retardo global con coeficiente de desarrollo de 10%, por lo que se le ordenó tratamiento a través del Programa Integral de Rehabilitación en la Clínica Teletón, el cual fue autorizado por la E.P.S. SANITAS; (v) la señora Gloria Edith Rodríguez registra un ingreso base de cuatrocientos sesenta y cuatro mil pesos (\$464.000), según certificación de pago de aportes correspondiente al año 2007; y (vi) relaciona todos los tratamientos, procedimientos y medicamentos que le han sido autorizados a la menor de conformidad con el P.O.S.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para la revisión de este caso con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del dos (2) de noviembre de 2007, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once de la Corte Constitucional.

5. Problema Jurídico

De los antecedentes y pruebas obrantes en el expediente, la Sala de Revisión pasará a estudiar si la no autorización de los exámenes diagnósticos por parte de la entidad demandada, no incluidos en el P.O.S., ordenados por el médico tratante a la menor vulnera su derecho constitucional fundamental a la salud.

Con el fin de abordar este problema jurídico, la Sala reiterará el precedente constitucional sobre: i) la protección del derecho a la salud del menor de edad; ii) el derecho al diagnóstico y iii) las subreglas jurisprudenciales para conceder tratamientos y procedimientos no P.O.S. Finalmente, a partir de las reglas jurisprudenciales que de este análisis se deriven, resolverá el caso concreto.

5.1 Protección del derecho a la salud del menor de edad

Esta Corte ha sostenido en reiterada jurisprudencia, con fundamento en la disposición constitucional del artículo 449 y en los tratados internacionales, que para el caso de los menores el derecho a la salud es fundamental autónomo por cuanto no requiere que su afectación se encuentre en conexidad con otro derecho fundamental.¹⁰ Se trata entonces de un derecho prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial¹¹.

En este orden de ideas, es claro que lo pretendido por la norma superior, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de esta Corporación es proteger de manera especial y preferente a los niños frente a la posible afectación de sus derechos fundamentales, ello significa que ante situaciones que representen peligro para un menor, es procedente la acción de tutela. En ésta el juez constitucional está en la obligación de actuar bajo el postulado de la primacía de sus derechos y en el entendido que para el caso del derecho a la salud se constituye en fundamental sin necesidad de establecer algún tipo de conexidad¹².

La Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que 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 está poniendo en peligro el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

En ese sentido, esta Corporación en la sentencia T-366 de 1999 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 diagnóstico¹³, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males

que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen”-.

En esa misma sentencia se 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 ordenado¹⁴. Además advirtió que se debe tener 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, por lo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional.

Entre tanto, para la Corte es claro que cuando se niega la realización de un examen de diagnóstico que se requiere para ayudar a detectar la enfermedad que aqueja al paciente o para precisar su nivel de afectación y así determinar el tratamiento necesario a seguir, se pone en peligro su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, y en los casos de los menores de edad, se vulnera directamente el derecho a la salud en tanto que éste es fundamental per se.

5.3 Subreglas jurisprudenciales para conceder tratamientos y procedimientos no P.O.S.

Esta Corporación ha reiterado que prima facie, las E.P.S. no tienen el deber legal de suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos médicos que se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud -P.O.S.-. Sin embargo, la jurisprudencia en consideración a las condiciones concretas de cada caso y con el objeto de proteger el derecho constitucional fundamental autónomo, como en el caso de los menores de edad o el derecho a la salud en conexidad con la vida, ha definido las siguientes subreglas, a través de su jurisprudencia, a partir de las cuales es procedente que estas entidades brinden los servicios de salud requeridos, acudiendo para tal efecto, en virtud del artículo 4 Superior, a la aplicación directa de la Constitución, reduciendo tales criterios a los siguientes:

“Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

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

“Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.”

“Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.”

Si se encuentran presentes las condiciones acabadas de referir, la E.P.S. correspondiente deberá suministrar inmediatamente el medicamento o tratamiento requerido por el usuario, sin perjuicio de repetir por los costos en que incurra contra el Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga.

6. Análisis del caso

La Sala de Revisión, habiendo precisado la doctrina constitucional y las subreglas jurisprudenciales aplicables al caso bajo estudio, pasara a solucionar el problema jurídico planteado.

6.1. Se encuentra probado dentro del expediente que la menor Juliana Sánchez Rodríguez tiene retardo severo, baja talla y bajo peso, y se sospecha que padezca de “encefalopatía mitocondrial”. El médico tratante, para confirmar el diagnóstico y así determinar el tratamiento a seguir para mejorar su estado de salud y calidad de vida, ordenó los exámenes (i) ácidos orgánicos por cromatografía de gases; (ii) aminoácidos cualitativos por cromatografía en orina; (iii) aminoácidos cualitativos por cromatografía en sangre; y (iv) ácido pirúvico y ácido láctico por método enzimático¹⁵, los cuales no se encuentran dentro del P.O.S.

6.2. Ahora bien, en tanto que en el presente caso se trata de una menor de edad la primera subregla que ha establecido la Corte no se aplicará, dado que el derecho a la salud de los menores de edad, como se reiteró en esta providencia, es fundamental per se, por lo que no se requiere probar la conexidad con un derecho fundamental para que la acción de tutela

proceda.

6.3. Por otro lado, se estudiará si en el caso concreto se encuentra acreditado el cumplimiento de las demás condiciones exigidas para proteger el derecho fundamental a la salud de la menor Juliana Sánchez Rodríguez, así:

- La entidad accionada dando respuesta a las pruebas solicitadas manifestó que: "(...) los exámenes prescritos a la menor no han sido sustituidos por otros, ni a solicitud del médico tratante, ni por concepto del comité médico". De lo anterior se colige que tales alternativas no le fueron sugeridas a la menor.

- La accionante en el escrito que presentó a esta Corporación manifestó que no tiene capacidad de pago para costear los exámenes de la menor, en tanto que ella es la única persona que sufraga los gastos de su hija discapacitada y los ingresos que recibe no le alcanzan para costear estos, por lo que le ha tocado acudir a la ayuda de su familia y a créditos. Esta afirmación no fue controvertida por la entidad demandada.

Además, sostiene que debido a que a su hija le fueron ordenadas terapias de rehabilitación en la Clínica Teletón, hecho que fue confirmado por la entidad demandada, tiene que costear el transporte de Bogotá a Chía, siendo éste un gasto adicional.

Por otro lado, la entidad demandada informó a este despacho, en virtud de la prueba solicitada, que la accionante, Gloria Edith Rodríguez, registra un ingreso base de cuatrocientos sesenta y cuatro mil pesos (\$464.000), según certificación de pago de aportes correspondiente al año 2007.

De las pruebas aportadas en instancia de revisión por la señora Gloria Edith Rodríguez Espinosa y por la entidad demandada, se concluye que la madre de la niña Juliana Sánchez no tiene capacidad de pago para costear los exámenes ordenados a su hija por su médico tratante, los cuales tienen un costo de \$650.000 pesos.

- En cuanto a la exigencia de que los exámenes médicos hayan sido prescritos por un médico adscrito, encuentra la Sala que en la entidad demandada no adujeron nada respecto de esta situación, por lo que no podría entonces exigírsele a la demandante que demostrara la calidad del médico especialista cuando se trata de un asunto que no fue discutido por ésta, ni

alegado como razón para la práctica de los exámenes, por lo que el requisito exigido por la jurisprudencia constitucional se encuentra cumplido.¹⁶

6.4 Dado que se encuentran presentes las condiciones establecidas en las subreglas de la Corte, a la entidad demanda, E.P.S. SANITAS, le corresponde realizar inmediatamente los exámenes diagnósticos ordenados a la menor Juliana Sánchez Rodríguez.

6.5 Adicionalmente es pertinente resaltar que la menor padece de discapacidad severa, y así como lo ha manifestado esta Corporación es deber del Estado, cuando se ha demostrado que la familia no puede cumplir con éste, proteger a aquellas personas, que por su condición física o mental se encuentran disminuidos y por lo tanto inmersos en una condición de debilidad manifiesta (art. 47, C.P). De ésta manera, tratándose de una menor de edad con disminución sensorial o psíquica quien depende de la práctica de unos exámenes para mantener o alcanzar un estándar de vida aceptable y digna, y teniendo que se encuentra probado que la madre de la menor no tiene capacidad económica para asumir el costo de los exámenes, la E.P.S. no podrá negarse bajo ninguna excusa a autorizar dichos exámenes.

En suma esta Sala de revisión protegerá el derecho a la salud de la menor Juliana Sánchez Rodríguez, por lo que se ordenará a la E.P.S. SANITAS S.A. practicar los exámenes ordenados por el medico tratante, sin perjuicio de repetir por los costos en que incurra contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, si a ello hubiere lugar.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la sentencia del Juzgado Cincuenta y Siete del Juzgado Civil Municipal y, en su lugar, Conceder la tutela al derecho a la salud de la menor Juliana Sánchez Rodríguez, de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente fallo.

SEGUNDO: En consecuencia, ordenar a la E.P.S. SANITAS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, practique los exámenes diagnósticos ordenados por el médico tratante a la menor Juliana Sánchez

Rodríguez.

Tercero.- Advertir a la accionada que, podrá repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo y que no esté cubierto por el P.O.S., si a ello hubiere lugar de conformidad con la normatividad aplicable.

Cuarto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El 11 de septiembre de 2007 fue presentada la demanda de acción de tutela por la Gloria Edith Rodríguez Espinosa, a través de apoderado judicial, en representación de su hija Juliana Sánchez Rodríguez contra la E.P.S. SANITAS (Ver folio 17 del cuaderno #1).

2 Exámenes diagnósticos, que se encuentran fuera del P.O.S., ordenados por el médico tratante a la menor: (i) ácidos orgánicos por cromatografía de gases; (ii) aminoácidos cualitativos por cromatografía en orina; (iii) Aminoácidos cualitativos por cromatografía en sangre; y (iv) ácido pirúvico y ácido láctico por método enzimático, por presentar posible

encefalopatía mitocondrial

3 Registro Civil de Nacimiento (ver folio 4 del cuaderno de pruebas #1)

4 Fotocopias de los carné de afiliación del accionante y de la menor a la E.P.S. SANITAS que consta en el folio 3 del cuaderno #1.

5 Historia clínica (ver folios 5 y 6 del cuaderno #1)

6 Ibídem

7 Manifestación del actor en la demanda de acción de tutela, folios 1 y 2 del cuaderno #1.

8 Escrito de la entidad que la demandada en el que dio contestación al auto de pruebas (ver folios del 30 al 50, cuaderno principal).

9 La norma señala que son derechos fundamentales de los niños, la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, otorgándoles a su vez, prevalencia sobre los derechos de los demás.

10 Sobre este tema pueden estudiarse, entre otras, las sentencias T-075/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-286/98 M.P. Fabio Morón Díaz T-558/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-046/99 M.P. Hernando Herrera Vergara; T-887/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-414/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-421/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-972 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda T-1019/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T- 530 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-338 de 2005.

11 Sentencia SU 819 de 1999 y Sentencia T-1008 de 2004.

12 Sentencias T-887/99 MP. Carlos Gaviria Díaz, T-556/98 MP. José Gregorio Hernández, T-640/97 MP. Antonio Barrera Carbonell.

13 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”.

14 Al respecto la sentencia T-399 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández, señaló que: “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 por la salud de afiliados y beneficiarios, 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”.

15 Historia clínica (ver folios 5 y 6 del cuaderno #1)

16 En el mismo sentido, T-710 de 2006 M. P. Rodrigo Escobar Gil.