

Sentencia T-330/02

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Cirugía de testículo/SISBEN-Carné de afiliado no es el que otorga el derecho

No entiende la Corte cómo las entidades de salud condicionan la prestación del servicio a la existencia de un carné, cuando es claro, que ese requisito, por demás administrativo no es el que otorga el derecho a obtener los servicios de salud.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-564749

Acción de tutela instaurada por Diana Restrepo Sánchez contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil dos (2002).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Hispania (Antioquia) en el trámite de la acción de tutela iniciada por Diana Restrepo Sánchez contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

I. ANTECEDENTES.

Las reseñas fácticas de la tutela, se extraen de lo expuesto por la tutelante así:

“Tengo 21 años de edad y nací en el Municipio de Hispania, tengo un hijo de nombre BRAYAN FERNANDO CHICA RESTREPO, quien solo tiene ocho meses de vida, nació el día 26 de febrero de 2001, y quien esta registrado en la dicha No. 366 del Sisben en el Municipio de Hispania. Mi hijo nació con una hernia en los testículos, entre más días pasan, más grande se le van poniendo los testículos, el niño llora mucho y duerme muy mal a causa de este problema, y en reiteradas oportunidades he solicitado en el Hospital San Juan del Suroeste del Municipio de Hispania y el Hospital la Merced de Ciudad Bolívar que se le practiquen los exámenes necesarios a mi hijo para determinar que es lo que tiene en sus genitales y si como consecuencia de estos exámenes es necesario practicarle alguna cirugía, y siempre son evasivas y excusas de que espere, que espere un tiempo, pero no me resuelven nada y lo que esta en juego es la vida de mi hijo.

“Desde que me acuerdo que nació mi hijo BRAYAN lo he estado llevando a los Hospitales de Hispania y de Ciudad Bolívar, la última vez que fui, fue el 20 de octubre de 2001, donde lo atendió un cirujano del Hospital la Merced de Ciudad Bolívar y me dijo que el niño sí tenía un hernia y que había que operar al niño, que los testículos estaban hinchados.”

Por lo anterior, solicita que se ordene a quien sea responsable de la atención de su hijo, la practica de los exámenes que requiere y la posible cirugía que de ello resulte, por que es un deber del Estado atender a los niños menores de edad en forma gratuita en todas las instituciones que reciban aporte del Estado. Señala la madre del menor, que los hospitales le han negado la atención, esperando que el tiempo pase y su hijo cumpla el año para no tener la obligación constitucional de atenderlo.

I. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES COMPROMETIDAS.

La Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en respuesta al Juzgado Promiscuo Municipal de Hispania, (Antioquia) mediante escrito de 6 diciembre de 2001, indicó que el menor se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado, A.R.S. COOSALUD- HISPANIA, entidad que deberá garantizar las actividades y procedimientos contenidos en el P.O.S- S. Agregó que “la A.R.S. mencionada ha venido glozando o rechazando la atención del menor, como lo hacen muchas A.R.S., buscando que cumpla el año de edad y pierda el derecho”.

El Juez de instancia vinculó al proceso a la A.R.S. COOSALUD HISPANIA, quien mediante escrito de 13 de diciembre remitido a esta instancia judicial, respondió señalando:

“La señora Diana Patricia Restrepo Sánchez no se encuentra afiliada a Coosalud, mientras que el niño Brayan Fernando Chica Restrepo sí lo está. En cuanto a la fecha de afiliación de cobertura, el listado de afiliación en el cual se encuentra el niño Brayan Fernando fue enviado a la seccional por parte de la Dirección Local de Salud para la fecha del 01 de noviembre de 2001, pero solamente se vino a dar a conocer a Coosalud el listado el día 29 de noviembre del presente año. Es de anotar que los servicios de salud para el niño Brayan Fernando, vienen a ser prestados desde la fecha en que se le haga entrega del respectivo carné de Coosalud, ya que es uno de los requisitos indispensables para ser atendido en cualquier institución con la cual la Empresa tenga contrato, hasta el momento no se le ha entregado tal documento.”

I. SENTENCIA QUE SE REVISA.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Hispania, (Antioquia) en sentencia de 18 de diciembre de 2001, negó el amparo reclamado por la tutelante, al considerar que ésta no ha demostrado que las entidades accionadas, le hubiesen negado el servicio, antes por el contrario la A.R.S. Coosalud - Hispania esta en condiciones de prestárselo cuando ella lo solicite.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

I. Legitimación para actuar en el caso de la referencia.

Establece el artículo 10 de decreto 2591 de 1991 que “la acción de tutela podrá ser ejercida,

en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí mismo o a través de representante ...". Y agrega "también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud."

Según esta norma, está legitimado para hacer uso del mecanismo que consagra el artículo 86 de la Constitución, el titular del derecho fundamental que se dice vulnerado; en su defecto, el representante de éste y previsto así por la ley, los padres respecto de los hijos menores de edad, como es el caso que se revisa.

Doctrina reiterada de esta Corporación, es la que sostiene que el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política.

En efecto, es jurisprudencia consolidada de esta Corporación, que el derecho a la salud no tiene el carácter de derecho fundamental, como tampoco lo tiene el derecho a la seguridad social, los cuales dependen del contexto en el cual se desenvuelven para adquirir esa categoría, salvo cuando se trata de los niños, por expreso mandato constitucional.

La propia Constitución Política en su artículo 44 consagra a la salud como un derecho fundamental junto con el de la seguridad social, y es así como dispone que son derechos fundamentales de los niños, entre otros, "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...", siendo todos ellos susceptibles de protección constitucional por vía de la acción de tutela.

Así lo ha avalado esta Corporación en varios de sus primeros fallos:

"Aun cuando la conservación de la salud involucra una serie de situaciones, que comprenden obligaciones y acciones tanto de las personas como del estado mismo, que en mayor o menor grado contribuyen a la subsistencia del ser humano, el derecho a la salud no fue consagrado en la Constitución, salvo con respecto a los niños (art. 44 C.P.) como un derecho fundamental. No obstante, la Corte ha sido reiterativa en el sentido de considerarlo como un derecho fundamental por conexidad, cuando en casos concretos debidamente sopesados y

analizados por el juez de tutela, la protección de la salud involucre al mismo tiempo el amparo de la vida misma.”

Entre las innumerables sentencias en las cuales la Corte ha aludido al tema del derecho a la salud es pertinente destacar las siguientes:

La sentencia T-484/92, en la cual se dijo:

“El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón a que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí de control de tutela”

Aplicando esos criterios y en cumplimiento de su función de protección de los derechos constitucionales fundamentales, la Corte ha considerado que el amparo constitucional procede cuando se omiten exámenes con carácter diagnóstico, o la realización de una cirugía que puede mejorar la salud y la calidad de vida de un menor.

Como puede advertirse, entonces, es procedente la tutela del derecho a la salud de los niños y el juez constitucional debe ser conciente de que esa protección es imperativa pues unas instancias de poder que reniegan de ellos, acompasadas con unos jueces que se desentienden de su protección constitucional cuando ella es procedente, no generan ninguna expectativa de futuro: Del niño que hoy es desprovisto de sus derechos fundamentales no cabe esperar el ser integral y libre del mañana.¹

4. Del caso que se revisa.

Se trata de determinar si la falta del carné Sisben es razón suficiente para que no se preste la atención médica que requiere un menor de 8 meses de edad, que se encuentra en el nivel 1 del Sisben, con ficha 266 y afiliado a la ARS COOSALUD- HISPANIA.

De los datos allegados al expediente, se tiene lo siguiente:

I. La tutela se interpone por la madre del menor BRAYAN FERNANDO CHICA, con el objeto de que sea tutelado su derecho a la salud, pues el menor de ocho (8) meses de edad requiere la realización de unos exámenes para determinar la realización de una operación de hernia inguinal, todo lo cual ha sido negado y dilatado por los Hospitales a donde ha acudido; finalmente la A.R.S. COOSALUD HISPANIA, entidad que debe responder por la salud del menor, comunica al juez de esta causa, que sólo le prestará el servicio hasta cuando se le haga entrega del respectivo carné, “requisito indispensable para ser atendido en cualquier institución con la cual la empresa tenga contrato..” (folio 30 del expediente, intervención de la A.R.S mencionada)

I. La interminable cadena de desatenciones a las que se ha visto sometida la madre del menor acentúan la violación del derecho a la salud del niño Brayan Fernando, puesto que según lo manifiesta la tutelante, en los Hospitales San Juan del Suroeste de Hispania y la Merced de Ciudad Bolívar no la han atendido con la simple orden del Sisben, si no que le dicen que el niño necesita una operación, que tiene los genitales inflamados, que la operación no la cubre el Sisben, que debe anexar cantidad de documentos del menor, que vuelva en unos meses por que la orden para la cirugía la dan en Bogotá, que por ahora no hay plata, etc, todo lo cual agrava la posible patología que afecta al niño.

I. Como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, el hecho de diferir, casi al punto de negarlos, los tratamientos que se requieren para mejorar la calidad de vida de una persona, y en este caso, de un menor, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por

distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. “La omisión, negligencia y dilación en el diagnóstico de una enfermedad puede desencadenar consecuencias irreversibles en la salud de las personas.”(T-457 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

I. La madre del menor manifiesta que no tiene capacidad económica para cubrir los exámenes que su hijo necesita ni la posible operación que requiere el menor; tal afirmación no fue desvirtuada en el expediente, antes por el contrario, prevalece la circunstancia de que estando vinculada al régimen subsidiado es prueba suficiente que se trata de una persona de escasos recursos.²

No entiende la Corte cómo las entidades de salud condicionan la prestación del servicio a la existencia de un carné, cuando es claro, que ese requisito, por demás administrativo no es el que otorga el derecho a obtener los servicios de salud. En efecto, en la sentencia T-961 de 2001,³ reiterada por esta Sala en la sentencia T-1208 de 20014, la Corte advirtió que las etapas que administrativamente se deben dar para carnetizar a los protegidos por el Sisben constituyen un requisitos a llenar pero eso no significa que el aspecto mecánico de la carnetización sea el que otorgue el derecho. En consecuencia, no es necesaria una declaración de funcionario público o privado para que se configure la situación de protección de un derecho fundamental.

Y no sólo no es requisito indispensable el carné para ser atendido en salud, si no que, como ya se expuso, no es el instrumento que otorga o reconoce derecho alguno. Al respecto, la Corte también ha dispuesto que : “en tanto mecanismo de focalización del gasto social, el SISBEN no constituye un derecho prestacional per se. Sin embargo, el acceso a determinadas prestaciones ha sido supeditado a que los eventuales beneficiarios hayan sido encuestados por el SISBEN y clasificados en alguno de sus niveles, motivo por el cual este mecanismo de focalización forma parte inescindible de los procedimientos por medio de los cuales el Estado distribuye bienes escasos. En esta medida, aquellas falencias que impidan o menoscaben el acceso de la ciudadanía al SISBEN, constituyen una vulneración del principio de igualdad en el proceso de asignación de bienes escasos”. (Sentencia T-463 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En la misma línea de la argumentación que precede esta Sala de Revisión, mediante sentencia T-387 de 2001,5 concedió una tutela a un menor, ordenando la realización de una cirugía pese a que ni siquiera se había iniciado la tramitación para ingresar al Sisben. En esa ocasión la Corte sostuvo:

“No puede permitirse que la ineficiencia institucional, la desidia o el aplazamiento voluntario del servicio por parte de una entidad, pública o privada, se conviertan en el mecanismo para desconocer los derechos fundamentales de afiliados y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud. El simple paso del tiempo no basta para que la entidad prestadora del servicio quede exonerada de las obligaciones surgidas durante la vigencia del respectivo contrato de afiliación.

“Bajo las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que en casos como el presente, en el que se está frente a un niño, pobre, con limitaciones físicas, que padece una enfermedad grave que atenta contra su vida, cuyos padres han dejado de ser aportantes del régimen contributivo en salud por haber terminado su relación laboral y que no disponen de otra fuente de ingresos económicos, es procedente tutelar los derechos fundamentales y prevalentes del menor, en aplicación de los artículos 11 y 44 de la Constitución Política, y ordenar, en consecuencia, a la entidad prestadora del servicio de salud, llevar a cabo el tratamiento médico diagnosticado y ordenado durante la vinculación laboral de los padres o incluso en el término de protección posterior que garantiza la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios”.

Es suficiente lo expuesto para revocar la sentencia revisada, y tutelar los derechos fundamentales a la salud y la vida del menor BRAYAN FERNANDO CHICA, ordenando a la A.R.S. COOSALUD HISPANIA, que atienda al menor una vez sea notificada de esta tutela, ordenando los exámenes médicos que sean necesarios para determinar la posible cirugía que fuera menester y sin que sea razón para la negativa de la prestación del servicio, la edad del niño, ni la exigencia del carné de afiliación a la A.R.S.

I. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión, administrando justicia en nombre del

pueblo y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Hispania – Antioquia. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la vida del menor BRAYAN FERNANDO CHICA RESTREPO.

Segundo. ORDENAR a la A.R.S. COOSALUD del Municipio de Hispania, (Antioquia) que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda, si aún no lo ha hecho, a autorizar los exámenes médicos que fueren necesarios para determinar la posible cirugía que requiere el menor, sin que sea razón para la negativa de la prestación del servicio, la edad del niño, ni la exigencia del carné de afiliación a la A.R.S.

En el evento de que los tratamientos a realizar impliquen costos a los que no esta obligada legalmente la A.R.S., ésta podrá hacer uso de la acción de repetición en contra del Estado, con cargo, al Fondo de Solidaridad y Garantía o a cargo de los recursos del subsidio a la oferta del régimen subsidiado (artículo 31 del decreto 806 de 1998).

Tercero. Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 T-1265 de 2001 M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

2 T-1043 DE 2001.

3 M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. “Según los datos del expediente, el joven Samir Escobar a nombre de quien se interpone la tutela, ha sido ubicado dentro del Sisben en el nivel 2 de pobreza, pero aún no tiene el respectivo carné. Sin embargo, según lo tiene definido la jurisprudencia de esta Corporación, el hecho de carecer de este documento no impide que pueda hacer valer sus derechos fundamentales”.

5 M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.