

Sentencia T-365/05

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Protección especial

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Vulneración por negar examen de diagnóstico no incluido en el POS

Teniendo en cuenta que entre los derechos fundamentales de los niños está el derecho a la salud, lo cual es consecuencia de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, se advierte que se incrementa el deber de protección cuando se niega la práctica de exámenes diagnóstico, pues estos tienen una íntima relación con el derecho a la salud y con el derecho a la vida en condiciones dignas, lo que hace evidente que su no práctica puede deteriorar el estado de salud del menor e incluso ocasionar su muerte cuando no se realizan oportunamente. De lo anterior se desprende la importancia del derecho al diagnóstico, pues la práctica de exámenes de esta naturaleza permite a los médicos marcar los derroteros a seguir para combatir una enfermedad, aplicando el tratamiento acorde con las condiciones del paciente y su padecimiento. Por ende, las EPS no pueden desestimar la importancia que tienen los exámenes de diagnóstico, anteponiendo razones de índole administrativa para omitir o hacer nugatoria su práctica, toda vez que si se determina a tiempo la enfermedad y las causas que la originan, más aún si se trata de un niño, se puede llegar a mejorar su estado de salud.

CAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA ENFERMA-Reglas probatorias empleadas por la Corte Constitucional

Referencia: expediente T-1010694

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil cinco (2005).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Civil Municipal de la Mesa (Cundinamarca) y el Juzgado Civil del Circuito de la Mesa (Cundinamarca), dentro de la acción de tutela instaurada por Efraín Forero Rueda en su condición de Personero Municipal de Anapoima en representación del menor Robinson Darian Mendoza Buitrago en contra de la EPS SALUDCOOP Seccional Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

El señor Efraín Forero Herrera en calidad de Personero Municipal de Anapoima interpuso acción de tutela contra la EPS SALUDCOOP Seccional Cundinamarca, por considerar vulnerados los derechos a la vida, a la salud y de la seguridad social del menor Robinson Darian Mendoza Buitrago. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

a. Expone que Robinson Mendoza está afiliado a la EPS SALUDCOOP, en el Régimen Contributivo, como beneficiario de su padre, el señor Jesús Antonio Mendoza Parra, el cual es cotizante dependiente.

a. Declara que el padre del menor Robinson Mendoza trabaja en la empresa CLUB ALTOS DE CHICALÁ.

a. Sostiene que el menor presenta un dolor en su miembro inferior izquierdo desde hace aproximadamente cuatro (4) años, por lo que su médico tratante ordenó, el 16 de febrero de 2004, un examen denominado “ARTRO-RESONANCIA DE CADERA IZQUIERDA”.

a. Dice que el examen de ARTRO-RESONANCIA DE CADERA IZQUIERDA” fue negado por la EPS SALUDCOOP por estar excluido del POS.

a. Afirma que el padre del menor, el 25 de julio de 2004, solicitó a la EPS accionada la autorización del examen ordenado por el médico tratante a su hijo.

a. Manifiesta que el 30 de junio de 2004, la EPS SALUDCOOP contestó la petición presentada por el padre de Robinson Mendoza, considerando al respecto que de acuerdo con el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1998 el examen solicitado no está cubierto en el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

a. Asevera que el examen de “ARTRO- RESONANCIA DE CADERA IZQUIERDA” no es cosmético, estético o suntuario pues busca “determinar la causa del dolor y la incomodidad que le apareció al menor a fin de suprimirlo, además de corregir el defecto físico ocasionado por su cojera.”

a. Considera que si el examen ordenado al menor Robinsón no está contemplado o descrito por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, no puede la EPS SALUDCOOP tenerlo como argumento suficiente para negarlo, “pues debe existir una valoración previa y objetiva para tomar una determinada determinación (sic) en tal sentido”.

Por todo lo anterior, solicita que se ordene a la EPS SALUDCOOP Seccional Cundinamarca autorizar y realizar al menor Robinsón Mendoza el examen de Artro-resonancia de cadera izquierda ordenado por el médico tratante al igual que la atención integral durante todo su tratamiento y hasta su rehabilitación total. Además, solicita que se compulsen copias del fallo

a la Superintendencia Nacional de Salud para que se adelante la investigación disciplinaria y se impongan las sanciones a que haya lugar a la EPS SALUDCOOP.

2. Respuesta del ente demandado.

María Carolina Lamus Becerra en calidad de Gerente Regional de la EPS SALUDCOOP Seccional Cundinamarca solicita que se deniegue la presente acción de tutela por ser improcedente al buscar el cubrimiento y pago de un examen no cubierto por el POS.

Considera que la conducta desplegada por la EPS SALUDCOOP no ha amenazado los derechos fundamentales del menor, pues se le han brindado a Robinsón Danian Mendoza Buitrago los tratamientos, medicamentos y demás prestaciones que ofrece el POS, "lo que se continuará haciendo siempre que el usuario permanezca afiliado y con sus derechos plenos a esta EPS". Afirma que SALUDCOOP no ha negado ningún examen "SOLO QUE NO SE ENCUENTRA INCLUIDO EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD Y LE CORRESPONDE ASUMIRLO AL ESTADO EN CASO DE NO CAPACIDAD DE PAGO DEL USUARIO".

Manifiesta que el cubrimiento y pago del examen requerido por Robinsón no puede ser autorizado por la EPS SALUDCOOP con cargo al POS, ya que el mismo no se encuentra dentro del Manual de Procedimientos Actividades e Intervenciones de POS, contenido en la Resolución 5261 de 1994; por ello sostiene que si la prestación solicitada no esta incluida dentro del POS, es el Estado el llamado a suministrarla a través del Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

Expresa que si el afiliado carece de medios económicos para cubrir el costo total del examen excluido del POS, se debe dar aplicación "al procedimiento de remisión a la red de Estado" conforme al artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

Considera que el verdadero responsable de las prestaciones "extralegales" aquí exigidas es el Estado, por lo que ante quien debe dirigirse la presente acción de tutela es contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- Ministerio de Salud, "pues el Estado es el responsable por las omisiones y limitaciones impuestas a la prestación del servicio de salud asegurado a través del POS".

Si embargo alega que en caso de ser concedida la acción de tutela se disponga

expresamente en la parte resolutive de la sentencia “INAPLICAR el artículo segundo de la Resolución 2949 de 2003 del Ministerio de Protección Social y ORDENAR al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA)-Ministerio de la Protección Social, Subcuenta de compensación del régimen contributivo pagar el 100% a SALUDCOOP EPS los costos generados en los servicios prestados al accionante, sin tener derecho a ellos, dentro de un termino máximo de diez (10) días luego de presentado el respectivo recobro a fin de salvaguardar el equilibrio financiero no solo del SISTEMA sino el de la misma EPS.”

3. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

- Fotocopia simple de la formula médica No 951196 expedida por el Hospital Universitario Clínica San Rafael, de fecha 16 de febrero de 2004, en la cual consta que al menor Robinsón Mendoza el médico Walter Iván Chaparro le ordenó un control con “Artro resonancia de cadera izquierda” y presenta una “Condromatosis Sinovial” (folio 1 cuaderno original).
- Fotocopia simple de la formula médica No 951195 expedida por el Hospital Universitario Clínica San Rafael, de fecha 16 de febrero de 2004, en la cual se aprecia que el menor hace 4 años presenta dolor en el miembro inferior izquierdo con identificación de masa en cuello del fémur, que ha sido estudiado, hallando la presencia de una Condromatosis Sinovial. (folio 2 cuaderno original).
- Fotocopia simple del formato de servicios de salud proferido por la EPS SALUDCOOP, de fecha 4 de junio de 2004, en el que aparece que se niega la autorización del examen denominado “ARTRORESONANCIA CADERA IZQUIERDA” al menor Robinsón, con el argumento de estar por fuera del POS, sin embargo se indicó como alternativa un procedimiento que si esta dentro del POS llamado “RESONANCIA MAGNETICA NUCLEAR CADERA IZQUIERDA” (folio 3 cuaderno original).
- Fotocopia simple de la autorización de servicios No 20777987 proferida por la EPS SALUDCOOP, de fecha 31 de marzo de 2004, en la que se autoriza un control “POL ORTOPEDIA” y en la que se observa como diagnostico principal una “CONDROMATOSIS SINOVIAl” (folio 4 cuaderno original).

- Fotocopia simple del derecho de petición presentado por el señor Jesús Antonio Mendoza Parra padre del menor a la EPS SALUDCOOP en el que solicita la práctica en el menor tiempo posible de la artro-resonancia de cadera izquierda que le fue ordenada a su hijo el “16 de febrero del año en curso, según consta en el formula medica No 951195 y consignada en la historia clínica No 855966, consulta medica que se practicó en el Hospital Universitario Clínica San Rafael de Bogotá.”Expone que no encuentra justificación razonable a la negativa de la EPS accionada de practicar el examen ordenado por el médico tratante, pues “los años que llevo como cotizante me cubren este tipo de exámenes que no son de alto costo como otros que se ordenan sin necesidad de recurrir a esta vía coactiva” (folios 5 y 6 cuaderno original).
- Fotocopia simple de la respuesta dada por la EPS SALUDCOOP a la petición hecha por el padre de Robinsón, de fecha 30 de junio de 2004, en la que se reitera que el examen requerido no esta cubierto en el Plan Obligatorio de Salud de acuerdo con el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1998, el cual dispone que “el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, 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 a continuación: i. Actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual.” Por lo dicho la EPS manifestó que no cubriría el examen de “ARTRORESONANCIA DE CADERA”. (folio 7 del cuaderno original).
- Fotocopia simple de la tarjeta de identidad del menor Robinsón Danian Mendoza Buitrago, en la cual se consigna que nació el 15 de julio de 1993 contando en la actualidad con 11 años de edad (folio 8 del cuaderno original).
- Fotocopia simple del carné de la EPS SALUDCOOP, en el cual se aprecia que el menor está afiliado a la misma en el régimen contributivo como beneficiario desde el 20 de agosto de 1999 en el Nivel 1, y que la empresa cotizante es el Club Altos de Chicalá (folio 8 cuaderno original).
- Fotocopia simple de la cédula de ciudadanía del señor Jesús Antonio Mendoza Parra

(folio 9 del cuaderno original).

- Fotocopia simple del carné de la EPS SALUDCOOP, en el cual se consigna que el señor Jesús Antonio Mendoza Parra es cotizante de la misma a través del Club Altos de Chicalá desde el 20 de agosto de 1999 en el Nivel 1 (folio 9 cuaderno original).
- Fotocopia simple de la Resolución No 002 de 2004 por medio de la cual se nombra como Personero Municipal de Anapoima al señor Efraín Forero Herrera por el periodo legal que inicia a partir del primero (1) de marzo de 2004 (folio 20 del cuaderno original).
- Fotocopia simple de la diligencia de posesión del señor Efraín Forero Herrera como Personero del Municipio de Anapoima (folio 21 y 22 cuaderno original).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

2.1- Primera Instancia

Del presente asunto conoció el Juzgado Civil Municipal de la Mesa, que en providencia del 3 de septiembre de 2004 denegó el amparo solicitado, al observar que en el formulario de negación de servicios de salud expedido por la EPS SALUDCOOP se sugiere como procedimiento alternativo la “RESONANCIA MAGNETICA NUCLEAR DE CADERA IZQUIERDA” que sí está incluido dentro del POS y al cual puede acceder el menor sin ningún contratiempo, aunque no se tenga certeza “de su nivel de efectividad con respecto a la resonancia”.

Se sostuvo, además, que no se encontraba acreditada la insolvencia económica del padre del beneficiario para justificar que el servicio sea asumido por el Estado a través de las entidades públicas o de las privadas con las cuales haya contratado la atención en salud, pues el cotizante no invoca esta circunstancia ni en la demanda de tutela ni en el derecho de petición dirigido a la EPS accionada.

Se afirmó que como el examen solicitado no se encuentra incluido en el Manual de Procedimientos, Actividades e Intervenciones del POS, contenido en la Resolución 5261 de 1994, exime de responsabilidad a la EPS SALUDCOOP de realizar directamente el

procedimiento ordenado por el médico tratante, lo cual solo se justificaría por la incapacidad de pago del cotizante, debidamente acreditada, pero lo anterior no “fue alegado por el cotizante ante la EPS y menos aún se ha presentado como fundamento de la tutela”.

Se le advirtió al accionante que le asiste el derecho de acudir tanto a la EPS SALUDCOOP como al Estado, a través de las entidades públicas o privadas con las cuales tenga contrato siempre y cuando carezca de medios económicos.

2.2- Impugnación

El señor Efraín Forero Herrera en su condición de Personero de Anapoima actuando en representación del menor Robinson, impugnó el fallo del a quo al considerar que con la actitud desplegada por la EPS accionada se está violando el derecho fundamental a la vida y el derecho a la salud.

Sostuvo que el progenitor del menor no cuenta con capacidad económica suficiente para afrontar “una eventualidad como la que aqueja a su menor hijo en esos momentos, ha transferido dicha carga a la EPS SALUDCOOP y téngase en cuenta que cuando afilió a su hijo a la seguridad social en salud, éste no padecía la enfermedad que le resultó mucho después, esto es, no era una enfermedad preexistente y mucho menos el tratamiento requerido es con fines estéticos.” Afirma que el padre del menor no tiene otro mecanismo al alcance para obtener la práctica del examen requerido por su menor hijo.

2.3-Segunda Instancia

El Juzgado Civil del Circuito de la Mesa, en providencia del 6 de octubre de 2004, confirmó el fallo de primera instancia al sostener que el menor Robinsón Mendoza tiene otra alternativa para obtener la protección de sus derechos fundamentales, cual es la práctica del examen denominado Resonancia Magnética Nuclear, como consta en el formato de negación de servicios expedido por la EPS SALUDCOOP, que sí está incluido dentro del POS.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Esta Corte es competente para conocer de los fallos 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.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada en esta ocasión le corresponde a la Sala establecer si la EPS SALUDCOOP Seccional Cundinamarca desconoció los derechos fundamentales del menor Robinsón Danian Mendoza Buitrago, al negarle la autorización y práctica de un examen que permite un correcto diagnóstico denominado "ARTRORESONANCIA DE CADERA", necesario para indicar la evolución de la "Condromatosis Sinovial" que presenta en su miembro inferior izquierdo, lo que le ha ocasionado cojera.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará previamente si en el caso bajo revisión están dados los supuestos para el ejercicio de la acción de tutela por medio de agente oficioso. Seguidamente se abordará el asunto atinente a la protección del derecho fundamental a la salud y el derecho al diagnóstico cuando se trata de menores de edad y por último las pautas establecidas por esta Corporación para proceder a ordenar la práctica de procedimientos excluidos del POS. Abordados estos asuntos, entrará a determinar si el menor Robinsón Danian Mendoza Buitrago tiene o no derecho al amparo solicitado.

3. Requisitos para actuar como agente oficioso en el trámite de la acción de tutela.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona que considere que le han violado o amenazado sus derechos fundamentales, quien podrá actuar directamente o a través de representante. Pero la norma contempla, además, la figura de la agencia oficiosa al establecer:

"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.

También podrán ejercerla el Defensor del pueblo y los personeros municipales"

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa es procedente cuando se afirme que se actúa como tal y este probado que el representado está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela y en consecuencia su defensa.²

De igual forma la Corte ha manifestado que si se trata de agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de “manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños. En consecuencia, tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.”³

En el caso objeto de revisión el Personero municipal de Anapoima manifestó en la demanda de tutela actuar en representación de Robinsón Danian Mendoza Buitrago, y está probado que Robinsón es un menor de edad (folio 8) con un diagnóstico de Condromatosis Sinovial, lo que efectivamente le imposibilita ejercer su propia defensa, motivo por el cual en el presente caso la agencia oficiosa resulta procedente.

4. Es violatorio del derecho fundamental a la integridad y a la salud de los menores de edad no practicar un examen diagnóstico excluido del POS.

El artículo 44 de la Carta Política consagra los derechos fundamentales de los niños entre ellos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. Señala que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. También dispone que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Por último plasma que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Así pues, los derechos fundamentales de los niños deben ser protegidos por el Estado mediante la expedición de leyes y la ratificación de instrumentos internacionales que persigan ese fin. En relación con este asunto, en la Sentencia T-218 de 2004, MP Eduardo Montealegre Lynett se indicó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado

pacto se establece:

“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”.

Conforme a lo anterior la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la salud de los niños es de naturaleza fundamental y autónomo. Lo que implica que, tratándose de menores, no es necesario demostrar la conexidad con otro derecho fundamental. Al respecto en la Sentencia T-1279 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa se sostuvo:

“cuando se trata de niños en términos constitucionales, o sea personas menores de edad, el derecho a la salud es en sí mismo un derecho fundamental.

En efecto, como el propio texto constitucional lo señala en su artículo 44, el derecho a la salud de los niños es fundamental. La Constitución de 1991 quiso dar una protección especial a ciertos sujetos en ciertos ámbitos, como por ejemplo a los indígenas en su participación en el Senado de la República (artículo 171) o a las mujeres en los niveles decisorios de la administración pública (artículo 40). En el campo de la salud, uno de los grupos a los que el constituyente decidió brindarle una protección especial es a los niños. Al respecto dijo la Sala Cuarta de Revisión,

Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo

armónico e integral del niño.”

De igual forma, en la Sentencia T-801 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra se dijo:

“el derecho a la salud de los niños es fundamental autónomo; tratándose de menores que sufren alguna discapacidad o limitación, sobre ellos se predica que tienen derecho a exigir doble deber de protección de sus derechos fundamentales; para la atención en salud de estos menores, las entidades prestadoras del servicio deben distinguir la situación de ellos y la de las demás personas que ni son niños, ni sufren discapacidad; en algunos casos debe otorgarse la protección con independencia de la situación económica de los padres; y, finalmente, el juez de tutela debe examinar en el caso concreto si se cumplen los criterios fijados por la jurisprudencia cuando dispone inaplicar las exclusiones legales de los beneficios del POS, con el fin de preservar el equilibrio económico de las entidades prestadoras de salud.”

Conforme a lo antes dicho, esta Corporación ha señalado que el derecho al diagnóstico es uno de los presupuestos para que la atención en salud sea adecuada⁴, y como parte del derecho a la salud es la garantía que tienen las personas de saber no sólo que enfermedad padecen, sino también la causa que la origina con el fin de establecer cuál debe ser el tratamiento adecuado para normalizar las condiciones físicas y/o mentales de la persona.

Al respecto, en reciente jurisprudencia⁵ la Corte sostuvo que el derecho al diagnóstico se entiende como “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.”⁶

Por tal razón la Corte ha señalado que la no práctica de un examen de diagnóstico puede vulnerar el derecho a la salud y el derecho a la vida en condiciones dignas⁷, ya que existen casos en los cuales el no obtener un diagnóstico a tiempo puede acarrear como consecuencia el deterioro de la salud de una persona o incluso su muerte:

“El aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad. En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución, atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida.”⁸

En el mismo sentido en sentencia T-178 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil, la Corte sostuvo:

“No es normal que se niegue o se retrase la autorización de exámenes diagnósticos que los mismos médicos recomiendan, pues ello contraviene los derechos a la vida y a la salud de los afiliados, no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir, sino cuando se suspenden injustificadamente tratamientos que son necesarios para recuperar el restablecimiento de la salud perdida o cuando se niegan diagnósticos que revelarían o descartarían una anomalía en la salud” (...) “...no se puede oponer como argumento de la no realización de un examen médico, la no inclusión del mismo en el P.O.S. si este fue formulado por el médico tratante.” (Subrayado fuera del texto)

En este orden de ideas, no se puede aducir como argumento para la no realización de un examen diagnóstico la exclusión del mismo del P.O.S., si el mismo fue formulado por el médico tratante perteneciente a la entidad donde está afiliado el paciente.

En fallos anteriores⁹, esta Corporación ha establecido que existe una amenaza grave y directa de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de quien necesita un tratamiento, medicamento o una prueba de diagnóstico que se encuentra fuera del P.O.S., cuando “(i) la falta del medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la E.P.S. y (iv) el tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el

tratamiento.”¹⁰

Por lo tanto, es claro que la no prestación de tratamientos excluidos del POS que son requeridos por menores de edad no sólo afecta su derecho fundamental a la salud, sino también su dignidad al tener que “afrontar una evolución irregular de sus sistema físico y psicológico, al someterlos a mantener condiciones inferiores a las que la naturaleza requiere para el normal desarrollo del ser humano.”¹¹

Así entonces, teniendo en cuenta que entre los derechos fundamentales de los niños esta el derecho a la salud, lo cual es consecuencia de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, se advierte que se incrementa el deber de protección cuando se niega la práctica de exámenes diagnóstico, pues estos tienen una íntima relación con el derecho a la salud y con el derecho a la vida en condiciones dignas, lo que hace evidente que su no práctica puede deteriorar el estado de salud del menor e incluso ocasionar su muerte cuando no se realizan oportunamente. De lo anterior se desprende la importancia del derecho al diagnóstico, pues la práctica de exámenes de esta naturaleza permite a los médicos marcar los derroteros a seguir para combatir una enfermedad, aplicando el tratamiento acorde con las condiciones del paciente y su padecimiento.¹²

Por ende, las EPS no pueden desestimar la importancia que tienen los exámenes de diagnóstico, anteponiendo razones de índole administrativa para omitir o hacer nugatoria su práctica, toda vez que si se determina a tiempo la enfermedad y las causas que la originan, más aún si se trata de un niño, se puede llegar a mejorar su estado de salud.

5. Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y jurisprudencia reseñada, procede esta Sala a determinar si la EPS SALUDCOOP ha vulnerado los derechos fundamentales del menor Robinsón Mendoza, al negar la autorización y práctica de un examen de diagnóstico denominado “ARTRO-RESONANCIA DE CADERA IZQUIERDA”.

Conforme a lo anterior se analizará si en el presente caso cumple los requisitos para proceder a inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud:

1. La falta del medicamento, tratamiento o prueba diagnóstica vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física.

Del material probatorio la Corte aprecia que el examen ordenado a Robinsón Mendoza es el denominado "ARTRO-RESONANCIA DE CADERA IZQUIERDA" el cual fue ordenado el 16 de febrero de 2004 (folio 1) con el fin de determinar la causa del dolor que presenta en su miembro inferior izquierdo, el cual ha tenido que soportar por 4 años, es decir, desde que tenía 7 años de edad (folio 2), además, busca corregir la cojera que ha desarrollado el menor a causa de la "Condromatosis Sinovial" que le fue diagnosticada.

De lo anterior se advierte que Robinson ha presentado desde hace varios años dolor en su miembro inferior izquierdo, no permitiéndose con ello que lleve una vida en condiciones normales. Ha tenido que soportar desde hace muchos años dolencias físicas que pueden generarle nuevas enfermedades aún más graves que las actuales, lo que ha querido evitar el médico tratante ordenando para el efecto el examen de "ARTRO-RESONANCIA DE CADERA IZQUIERDA".

Por ende, la decisión de la EPS accionada de negar la autorización del examen de "ARTRO-RESONANCIA DE CADERA IZQUIERDA" puede ocasionar no solo que el dolor padecido por el menor Robinsón Mendoza se prolongue en el tiempo sino que en un futuro puede generarle nuevas complicaciones en su estado de salud, ejemplo de ello es la cojera que presenta a tan temprana edad lo que puede afectar su autoestima y el desempeño que pueda tener con las personas que lo rodean.

2. El tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS.

El examen ordenado al menor Robinsón Mendoza fue negado por la EPS SALUDCOOP con el argumento de estar por fuera del POS (folio 3), sin embargo en el formato en el que se negó el examen de diagnóstico se indicó como alternativa un procedimiento que si está dentro del POS llamado "RESONANCIA MAGNETICA NUCLEAR CADERA IZQUIERDA".

Como se observa, el examen ordenado al menor puede ser sustituido por otro que sí esta

dentro del POS. Sin embargo, no hay certeza de su nivel de efectividad con respecto al examen ordenado por el médico tratante. Por ello si el examen denominado “Artroresonancia de cadera izquierda” fue ordenado por el médico que conoce la historia clínica del menor, el doctor Walter Iván Chaparro, médico especializado en ortopedia y traumatología de la EPS SALUDCOOP, es porque de acuerdo a sus conocimientos es el idóneo para manejar la “Condromatosis Sinovial” que presenta aquel. Por ello se debe tener en cuenta la jurisprudencia constitucional que ha señalado en repetidas ocasiones¹³ que el criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, “en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona.¹⁴”

3. El interesado no puede directamente costear el tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni puede acceder éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS.

Sobre este punto el señor Efraín Forero Herrera en su condición de Personero Municipal de Anapoima y actuando en representación del menor Robinson Mendoza manifestó en la demanda de tutela que el progenitor del menor no tiene “a donde más acudir, ni otra forma de hacer valer el derecho que le asiste a él y a su menor hijo”.

De igual manera en el escrito de impugnación se afirmó que el padre de Robinsón a pesar de estar afiliado al régimen contributivo no cuenta con capacidad económica suficiente para costear el examen ordenado a su hijo.

En relación con lo antes dicho, la jurisprudencia de esta Corporación sostuvo en la Sentencia de unificación 819 de 1999 relacionada con la necesidad de demostrar la capacidad de pago para acceder a los beneficios que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, lo siguiente:

” i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de

protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.”

Así mismo, en la Sentencia T-683 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett, se resumieron los requisitos a tener en cuenta en materia de condiciones probatorias cuando se trata de demostrar la incapacidad económica del solicitante de tutela que reclama la autorización de procedimientos, intervenciones, diagnósticos, medicamentos excluidos del POS de la siguiente manera:

“(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” (Subrayado fuera del texto).

Teniendo en cuenta las anteriores pautas se observa, del contenido del expediente de tutela que la afirmación hecha por el Personero Municipal, tanto en el escrito de la tutela como en el recurso de apelación, relacionada con la imposibilidad del padre del menor de costear el examen ordenado a Robinsón, que la misma no fue controvertida dentro del proceso de

tutela por la EPS SALUDCOOP ni por los juzgados de instancia. Por lo tanto, se concluye que el padre del menor Robinsón Mendoza no puede directamente pagar aquel examen de diagnóstico, ni puede acceder a este a través de otro plan de salud que lo beneficie “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”.

4. El tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico ha sido prescrito por el médico adscrito a la EPS de quien se esta solicitando el tratamiento.

El examen de Artro-Resonancia de Cadera Izquierda fue ordenado por el médico Walter Iván Chaparro, especialista en ortopedia y traumatología, el cual esta adscrito a la EPS SALUDCOOP, como consta en la formula médica No 951196 (folio 1) a través de la cual se ordenó el citado examen y en la formula médica No 951195 (folio 2).

Por tratarse de un examen excluido del Plan Obligatorio de Salud, la EPS SALUDCOOP podrá reclamar al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- aquellos valores que legalmente no esta obligada a sufragar¹⁵.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Civil Municipal de la Mesa y el fallo del Juzgado Civil del Circuito de la Mesa y en su lugar CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales invocados al menor Robinson Danian Mendoza Buitrago.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS SALUDCOOP que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, practique el examen de ARTRO-RESONANCIA DE CADERA IZQUIERDA en los términos prescritos por su médico tratante, sin que se pueda oponer para su negativa, la reglamentación del POS.

TERCERO. DECLARAR que si la EPS SALUDCOOP lo considera necesario, puede reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA- aquellos valores que no está obligada a soportar.

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

2 En este sentido pueden consultarse las Sentencias T-693 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-061 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis, T-863 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, T-1135 de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-452 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-236 de 2000, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

3 Auto No 006 de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell.

4 Sentencia T-849 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 Sentencia T-364 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

6 En este sentido también pueden consultarse las sentencias T-366 de 1999, MP. José Gregorio Hernández Galindo, T- 367 de 1999, MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-110 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

7 cfr. las sentencias T-849 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y la T-843 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

8 Sentencia T-862 de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz.

9 Sentencias T-058 de 2004 (Manuel José Cepeda Espinosa), T-178 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil y T-1204 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

10 Sentencia T.319 de 2004, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

11 Sentencia T-708 de 2003, MP Álvaro Tafur Galvis.

12 Sentencia T-110 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

13 Sentencia T- 344 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1007 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño.

14 Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero, SU-480 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero y SU-819 de 1999, MP. Álvaro Tafur Galvis.

15 Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, T-1018 y T-935 de 2001, T-578 de 2003, T-128 de 2005, entre otras.