

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

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

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Perteneciente al régimen subsidiado de salud y su familia carece de recursos económicos para costos de transporte y manutención en otra ciudad

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Realización por la ARS de examen de diagnóstico para determinar el tipo de enfermedad que lo afecta y repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T-1828754

Acción de tutela instaurada por Blanca Ruby Bustamante Hoyos contra ARS Cafesalud e Instituto Seccional de Salud del Quindío.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Armenia, dentro de la acción de tutela iniciada por Blanca Ruby Bustamante Hoyos contra ARS Cafesalud e Instituto Seccional de Salud del Quindío.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto de siete (07) de marzo de dos mil ocho (2008) proferido por la Sala de Selección Número Tres.

1. Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este

tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.¹

3. Luego de admitida la acción de tutela por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Armenia, la ARS Cafesalud intervino solicitando en forma principal su denegación por improcedente y, en subsidio, se ordene a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado el suministro de todos los tratamientos y medicamentos requeridos o, de accederse a la tutela, se ordene al Ministerio de la Protección Social y al FOSYGA el reembolso de los recursos económicos para el cumplimiento del fallo judicial. Como sustento de sus peticiones señala que la valoración por estrabólogo y la resonancia magnética cerebral se encuentran excluidas del POS-S y por dicha razón es el Estado a través del Instituto Seccional de Salud de Quindío quien debe garantizar la prestación del servicio de salud, de conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001.

En similares términos, argumenta que no está obligada a suministrar los gastos de traslado que requiera el tratamiento del menor, debido a su exclusión en el Decreto 5261 de 1994. Recaba así mismo en la observancia de los presupuestos para inaplicar las normas del POS-S, la improcedencia de la acción de tutela para ordenar el cubrimiento de prestaciones futuras y el derecho a obtener el recobro ante el FOSYGA de los recursos empleados en tratamientos excluidos del POS-S.

También intervino la Gobernación del Quindío, a través del Instituto Seccional de Salud, manifestando que había establecido contacto telefónico con la accionante a fin de que se acercara a la Dependencia de Apoyo Diagnóstico del Hospital San Juan de Dios de Armenia, para recibir la orden de realización del tratamiento requerido.

4. El Juez de primera instancia concedió el amparo solicitado al considerar que la salud y la vida del menor Anderson Zapata Bustamante constituían derechos fundamentales susceptibles de ser amparados a través de la acción de tutela. Igualmente encontró que la responsabilidad en el cubrimiento de los procedimientos médicos radicaba en el Estado, debido a su exclusión del POS-S. Advirtió por otra parte que no se había acreditado la prestación efectiva de los servicios de salud solicitados, por lo que se imponía la tutela de los derechos fundamentales y la orden de realización de los mismos. Finalmente, denegó la petición de pago de viáticos, por no encontrar probada su necesidad, así como el tratamiento

integral de la enfermedad, al considerar que se trataba de hechos futuros, inciertos e indeterminados.

5. En el fallo materia de revisión se tratan dos tipos de problemas a los que se referirá brevemente la Sala: i) la vulneración de los derechos fundamentales de Anderson Zapata Bustamante por la omisión en el suministro de los servicios médicos que demanda, junto con los gastos de traslado y la orden de tratamiento integral y; ii) la naturaleza de los procedimientos médicos prescritos, su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y la responsabilidad para asumir su costo.

6. Frente al primer punto es claro que la valoración por estrabólogo y la resonancia magnética cerebral le fueron prescritos por el médico tratante a Anderson Zapata Bustamante,² quien de conformidad con el documento obrante a folio 6 es menor de edad. La ARS Cafesalud³ se negó a cubrir tales procedimientos bajo el argumento de no encontrarse expresamente contemplados en el POS-S. Por su parte el Instituto Seccional de Salud de Quindío informó que había contactado a la actora con el fin de autorizar su realización.

Esta Corporación ha determinado en numerosas ocasiones que los derechos a la seguridad social y la salud de los menores son derechos fundamentales autónomos,⁴ susceptibles de ser amparados a través de la acción de tutela, sin necesidad a recurrir a argumentos atinentes a la conexidad con otros derechos fundamentales como la vida y la integridad física.⁵

6.1. En el presente asunto, la omisión en autorizar la valoración por estrabólogo y la resonancia magnética cerebral afectan la posibilidad de establecer un diagnóstico de los padecimientos que afectan la salud del menor Anderson Zapata y, en dicha medida, vulneran su derecho fundamental a la salud, además de la integridad física y la vida en condiciones dignas.⁶

Tal situación quedó establecida en el fallo materia de revisión y en la orden impartida al Instituto Seccional de Salud, quien no obstante haber afirmado su compromiso con la realización de las valoraciones requeridas por el menor, no ha demostrado su realización efectiva en aras del restablecimiento de los derechos fundamentales del menor. En dicho aspecto será confirmada la sentencia revisada.

6.2 En cuanto a los gastos de traslado necesarios para la realización del procedimiento médico, esta Corporación ha determinado como regla general que su negación no constituye una vulneración de los derechos fundamentales de la persona, por cuanto en principio deben ser sufragados por ella misma y por su familia. No obstante, excepcionalmente ha admitido que ante la falta comprobada de recursos económicos que imposibilite la realización efectiva del tratamiento médico y que ponga en riesgo la salud y la vida del paciente, debe darse paso a la protección de los derechos fundamentales para asegurar la materialidad del servicio de salud.⁷

En el presente asunto, se confirmará la decisión del juez de instancia por cuanto el Instituto Seccional de Salud de Quindío autorizó la realización de los exámenes médicos a través del Hospital San Juan de Dios de Armenia - ciudad de residencia de la actora-. Por otra parte, no se ha demostrado la necesidad del traslado del paciente a otra ciudad y, en dicha medida, que deba incurrir en gastos que en definitiva imposibiliten la realización de los exámenes requeridos y que afecten negativamente la salud del menor.

Sin embargo, de no ser posible la realización de los exámenes médicos en dicho hospital, la ARS Cafesalud deberá cancelar los gastos de transporte a otra ciudad y mantenimiento, con el fin de garantizar el acceso del menor al servicio de salud, en tanto su familia no dispone de los recursos económicos para cubrirlos.⁸

6.3 Respecto a la orden de tratamiento integral se ha sostenido que en virtud del principio de integralidad propio del Sistema de Seguridad Social, las órdenes del Juez constitucional que procuran proteger el derecho a la salud deben proveer todas las acciones necesarias para el reestablecimiento pleno de la salud del afectado y la rehabilitación de todas las afecciones que padece, de conformidad con lo que ordene el médico tratante ⁹. Igualmente, la orden de tratamiento integral se ha impartido sobre el supuesto de enfermedades y afecciones debidamente determinadas, definidas específicamente en cuanto a su naturaleza y el tratamiento necesario, según lo señalado por el médico tratante.

En el presente asunto se confirmará la decisión del Juez de instancia en tanto hasta el momento no existe una enfermedad concreta, claramente determinada y probada sobre la cual deba ordenarse tratamiento integral, pues por ahora se intenta establecer un diagnóstico de los padecimientos que sufre el menor a través de las valoraciones ordenadas.

Lo anterior en tanto una orden de brindar tratamiento integral sería abstracta - no se conocería la enfermedad ni su manejo - y porque no puede concluirse la inclusión o no de los medicamentos y tratamientos en el POS-S, ni la negación de las entidades competentes para atenderlos.¹⁰

Sin embargo, una vez efectuado el diagnóstico y determinadas por el médico tratante las enfermedades así como el tratamiento a seguir y los medicamentos necesarios, ni la ARS Cafesalud ni IPS alguna puede condicionar los servicios médicos a una nueva orden del juez de tutela. En esta misma providencia se ordenará que una vez efectuado el diagnóstico, la ARS deberá asegurar la prestación integral de todos los servicios médicos que prescriba el médico tratante.

7. Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de los procedimientos y la responsabilidad en su cubrimiento, la valoración por estrabólogo y la resonancia magnética cerebral no se encuentran expresamente consagrados dentro de los procedimientos que cubre el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.¹¹

Frente a la anterior situación, como ya se anunció en líneas anteriores, al sistema en su conjunto le corresponde asumir el costo de los servicios médicos que se requieran, bajo dos tipos de escenarios: i) que la prestación del servicio de salud sea garantizada por la ARS a la que se encuentra adscrito el paciente, con el derecho al recobro de los dineros al FOSYGA¹² y; ii) que la prestación del servicio de salud sea garantizada directamente por las instituciones departamentales o municipales¹³ en coordinación con la ARS.¹⁴

En el presente asunto la ARS Cafesalud presentó el caso del menor Anderson Zapata ante el Instituto Seccional de Salud del Quindío, quien a su vez anunció su disposición de coordinar con la actora la prestación de los servicios de salud requeridos. En dicho sentido, el costo de los servicios médicos esta siendo validamente adscrito por el juez de instancia a una entidad estatal obligada a ello, de conformidad con lo que se señaló en líneas anteriores.

8. En conclusión, en el presente caso la omisión de suministro de procedimientos médicos no previstos en el POS-S vulnera los derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas y la integridad personal del menor. Así mismo, la prestación del servicio de salud debe ser asumida por el Departamento, a través del Instituto Seccional de Salud. Por otra parte, no se encuentran dados los presupuestos definidos por la jurisprudencia constitucional para

ordenar el cubrimiento de gastos de transporte y tratamiento integral. No obstante, respecto a los dos últimos puntos, se impartirán las órdenes condicionadas antes mencionadas.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Armenia, en cuanto concede el amparo solicitado por el menor Anderson Zapata Bustamante, a través de su representante legal Blanca Ruby Bustamante Hoyos.

Segundo.- Ordenar a la ARS Cafesalud, de no ser posible la realización de los exámenes médicos requeridos por el menor en alguna institución hospitalaria de Armenia, cubrir los gastos de transporte a otra ciudad y mantenimiento, con el fin de garantizar el acceso del menor al servicio de salud.

Tercero.- Ordenar a la ARS Cafesalud, una vez efectuado el diagnóstico y determinadas por el médico tratante las enfermedades así como el tratamiento a seguir y los medicamentos necesarios, asegurar la prestación integral de todos los servicios médicos prescritos, sin condicionarlos a una nueva orden del juez de tutela.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Sesenta y Tres Civil Municipal de Bogotá, notificará esta sentencia dentro del término de cinco días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

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

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

2 A folio 7 obra remisión a estrabólogo por parte del Dr. Jorge Alberto Torres Cáceres, especialista en Oftalmología. Así mismo, a folios 4 y 5 obran oficios enviados al Instituto Seccional de Salud de Armenia por la ARS Cafesalud con el fin de que se le brinde al menor Anderson Zapata atención sobre los procedimientos de valoración por estrabólogo y resonancia magnética cerebral, sobre los cuales certifica fueron ordenados por el médico tratante.

3 De conformidad con lo manifestado por la ARS Cafesalud, el menor Anderson Zapata Bustamante se encuentra afiliado a través suyo al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado desde el 01 de enero de 2002.

4 El artículo 44 de la Constitución Política establece: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...)”

5 En un reciente pronunciamiento (T-151 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) esta

Corporación reitera el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños, su condición de sujetos de especial protección por el Estado y el tratamiento homogéneo que se le ha dado al tema en la jurisprudencia constitucional: “En diversas ocasiones la Corte Constitucional ha considerado el derecho a la salud de los niños como fundamental, algunos de estos casos son: T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) en la que la Corte consideró que la negativa de la EPS de proporcionar unos audífonos digitales de alta potencia a un menor, bajo el argumento de que se encontraban excluidos del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud; T-365 de 2005 (MP Clara Inés Vargas) en la que la Corte consideró que la negativa de la EPS. a practicar una Arthro Resonancia de cadera izquierda a un menor, bajo el argumento de que se encontraba excluida del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud; T-646 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra) en la cual la Corte consideró que la negativa de la EPS a suministrar un medicamento para combatir una Rinitis Alérgica, reflujo, hipertrofia adenoidea a un menor, bajo el argumento de que se encontraba excluido del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud; T-973 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en la cual la Corte consideró que la exigencia de la E.P.S del pago de cuotas moderadoras y de copagos, para suministrar la atención especializada requerida por un menor que sufrió quemaduras de vías digestivas por ingestión accidental de ácido muriático era violatorio de su derecho fundamental a la salud, T-380 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería) en la cual la Corte consideró que la negativa de la E.P.S. a prestar un servicio médico de urgencia a un menor por razones de multifiliación, era violatorio de su derecho fundamental a la salud.”

6 En la sentencia T-1081 de 2001 (Marco Gerardo Monroy Cabra) se concluye por ejemplo que “Las afecciones que menoscaban la visión de una persona, reducen y limitan su calidad de vida ya que le impiden al individuo usar adecuadamente uno de los sentidos de los que ha sido dotado para conocer el mundo exterior”.

7 Frente a este punto, pueden consultarse las sentencias T 467 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnet), T 900 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T 350 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T 755 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T 373 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T 975 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

8 Frente a este aspecto puede verse que la afiliación del menor Anderson Zapata Bustamante al SISBEN 1 demuestra que hace parte de la población vulnerable y de escasos

recursos económicos, además de que la afirmación de la accionante Blanca Ruby Bustamante de tener una familia de escasos recursos económicos que no fue desvirtuada por las accionadas (ver sentencia T 503 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

9 Sentencias T 179 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T 518 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T 799 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T 503 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T 584 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T 657 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

10 En la sentencia T 702 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se estudió el caso de un menor que requería una resonancia magnética craneal y se determinó la imposibilidad de ordenar tratamiento integral, atendiendo entre otras a la obligación de fundamentar la protección de derechos fundamentales en hechos, pruebas y solicitudes concretas.

11 Si bien el tratamiento por diagnóstico de estrabismo se encuentra contemplado en el numeral 2.4. del artículo 2 del Acuerdo 306 de 2005, el mismo se encuentra circunscrito a pacientes menores de 5 años. En el presente asunto, de conformidad con la afirmación de la accionante, el menor Andersón Zapata cuenta con 11 años de edad.

12 Frente al punto, esta Corporación ha decidido que: “cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el P.O.S-S., ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del Fosyga” (T-972 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa). En igual sentido pueden observarse las sentencias T-1087 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-280 de 2002, (MP Eduardo Montealegre Lynett) T-178 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil); T-213 de 2003 (MP Jaime Araujo Rentería); T-415 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-530 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-745 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

13 El artículo 31 del Decreto 806 de 1998 establece: “Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de

atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes”. Tal norma ha sido resaltada en sentencias como la T-880 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-428 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

14 En la sentencia T 428 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se establece: “Bajo estos supuestos se ha determinado que cuando una persona requiere un examen, un procedimiento, una intervención o un medicamento excluido del P.O.S.-S., debe ser suministrado por el Estado: 1) A través de la Administradora del Régimen Subsidiado -A.R.S.- a la que se encuentra afiliado el paciente, con la posibilidad de que ésta exija del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, a través del Fondo de Solidaridad y garantías, Fosyga. 2) Por intermedio de la A.R.S. respectiva, en coordinación con la entidad territorial correspondiente, con cargo a los recursos no cubiertos con subsidios a la demanda, de conformidad con los artículos 4 del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS¹⁴ y 31 del Decreto 806 de 1998¹⁴.”