

Sentencia T-390/08

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Práctica de exámenes médicos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Práctica de Ortodoncia

Referencia: expediente T-1'653.695

Accionante: Mireya Toloza Cubides en representación de su hijo Jorge Luis Bohórquez Toloza contra la Secretaria de Salud Departamental del Guaviare y otro.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el trámite de revisión de la sentencia del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San José del Guaviare el 17 de mayo de 2007, en el proceso de tutela promovido por la señora Mireya Toloza Cubides en representación de su hijo Jorge Luis Bohórquez Toloza contra la Secretaria de Salud Departamental del Guaviare y otro.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos:

La señora Mireya Toloza Cubides, en representación de su hijo Jorge Luis Bohórquez Toloza, interpuso acción de tutela contra la E.P.S. Salud Total, Seccional de San José Guaviare por considerar vulnerados los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida, en razón a que la demandada no autorizó el tratamiento de Ortodoncia que requiere el menor.

Para fundamentar su solicitud de amparo la accionante, puso de presente los siguientes hechos:

- Su hijo nació con paladar hendido y labio leporino, razón por la cual, se le han realizado varias cirugías. En la última cirugía en la que se le reconstruyó el paladar y el labio superior, los médicos consideraron que requiere tratamiento de Ortodoncia.
- La accionante acudió a la E.P.S. Salud Total y a la Secretaría Departamental de Salud del Guaviare con el fin de que se le realizara el tratamiento ordenado, pero esas entidades negaron la solicitud, pues consideraron que el tratamiento del menor es de carácter estético y no correccional, razón por la cual no se encuentra dentro del POS.
- Comenta la demandante que, debido a su enfermedad, su hijo ha sido maltratado verbalmente por los compañeros de colegio, lo cual afecta psicológicamente su desarrollo personal.
- De igual manera, dijo que su precaria situación económica le impide costear el tratamiento que requiere su hijo.

Por lo anterior, la señora Toloza Cubides solicita se le protejan los derechos fundamentales a la salud y al libre desarrollo de la personalidad de su hijo y, en consecuencia, se ordene a la E.P.S. Salud Total del Guaviare que autorice el tratamiento de Ortodoncia, proporcione los medios de transporte para el traslado a Bogotá incluyendo hospedaje, alimentación, traslado a la clínica dentro de la ciudad, y por último, que se remita a su hijo a la entidad Operación Sonrisa donde ha sido tratado.

El 11 de mayo de 2007, la E.P.S. Salud Total dio respuesta a la solicitud elevada por el juzgado de instancia. Manifestó, en resumen, lo siguiente:

“El menor JORGE LUIS BOHORQUEZ, identificado con la tarjeta de identidad número 911001002743, se encuentra en el listado de usuarios afiliados al Régimen Subsidiado en el Municipio de San José del Guaviare.

El menor Bohórquez, es un paciente con diagnóstico de Paladar Figurado y Labio Leporino al que le fue ordenado un tratamiento de ortodoncia, el cual se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, sin embargo, dicho tratamiento no tiene

ninguna correlación con la patología padecida, no compromete desde ningún punto de vista médico su funcionalidad, por lo tanto es netamente estética, y no puede ser autorizada por esta administradora.

(...)

Salud Total con su no cubrimiento del TRATAMIENTO DE ORTODONCIA, en ningún momento estaría violando el “derecho a la Salud”, por cuanto este derecho se predica en concordancia con el cumplimiento de los requisitos legales para el acceso a las coberturas del Plan Obligatorio de Salud POS.”

3. Pruebas

- Carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, Régimen Subsidiado, mediante Salud Total, a nombre del menor Jorge Luis Bohórquez Toloza. La fecha de afiliación es del 4 de enero de 1999 y se encuentra en el Nivel 1 del SISBEN.

- Copias de evaluaciones y órdenes de cirugías realizadas en el año 2005, por médicos adscritos a Salud Total.

- Órdenes de servicios prestados al menor en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt de la ciudad de Bogotá, los días 27 de junio y 4 de julio de 2000.

- Control de citas a nombre de Jorge Luis Bohórquez Toloza en la Fundación Operación Sonrisa de la ciudad de Bogotá. El número de registro es 1684.

- Diagnóstico de la doctora María Margarita Vargas, médico cirujana, del 7 de enero de 2006, en el que dijo:

Paciente masculino de 14 años de edad, con dx labio leporino y paladar hendido, con múltiples intervenciones quirúrgicas. Requiere continuar en tto (sic) médico x cirujano plástico y maxilofacial y manejo por fonoaudiología.

Concepto Odontológico:

Px que al examen físico odontológico presenta Dilatar de Cx en labio sup. Lado izquierdo, intraoralmente aun persiste comunicación de paladar con piso fosas nasales, en línea de

continuidad palatina presenta erupción dental posiblemente el 23, requiere manejo y tratamiento con cirugía maxilo-facial otorrinolaringología y fonoaudiología.

Dx Paladar Figurado.”

4. Sentencia objeto de revisión

Mediante sentencia del 17 de mayo del 2007, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal resolvió no conceder el amparo constitucional solicitado.

Afirmó el juez que el tratamiento de ortodoncia solicitado es de naturaleza estética, porque tiene que ver con la presentación de la dentadura más no con la salud del menor.

Por otra parte, señaló que la accionante no demostró que la vida o la salud del menor se encuentren en peligro, por el contrario, quedó demostrado que es un tratamiento estético que, de hacerlo o no hacerlo, no afectará los derechos fundamentales del menor.

5. Pruebas solicitadas por esta Corporación

5.1. Mediante auto del 16 de octubre de 2007, esta Sala ordenó que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la E.P.S. Salud Total, Seccional de Guaviare para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir la notificación de esa providencia, informe:

* Si el menor Jorge Luis Bohórquez, ya fue atendido y, en caso de no haberse hecho, deberán explicarse las razones.

* Si entre las entidades de salud que se encuentran adscritas a Salud Total, está la Fundación Operación Sonrisa en la ciudad de Bogotá, o si cuentan con centros médicos competentes para realizar el tratamiento de ortodoncia en esa ciudad.

* En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, debía manifestarse si al menor Jorge Luís Bohórquez Toloza se le ha brindado atención en la Fundación Operación Sonrisa en Bogotá respecto al tratamiento que requiere y el por qué de esa decisión.

En respuesta a las inquietudes formuladas se recibió la siguiente:

a) El 30 de octubre de 2007, el Gerente de la Sucursal de la A.R.S. Salud Total, dijo:

“En primer lugar, queremos manifestar a su Honorable Corporación, (sic) desde el día treinta (30) de septiembre de 2007, SALUD TOTAL ya NO opera como ADMINISTRADORA DE RÉGIMEN SUBSIDIADO1 en el Municipio de San José del Guaviare, toda vez que el contrato de administración de recursos de dicho régimen fue terminado de manera voluntaria por esta entidad, tal y como se puede comprobar en los escritos que con relación al tema fueron enviados por esta entidad a la Alcaldía de San José de Guaviare, así como la respuesta emitida por dicha entidad territorial frente al tema.

Mientras el menor Jorge Luis Bohórquez estuvo afiliado en SALUD TOTAL ARS, le fueron suministrados todos los servicios que requirió dentro de su plan de beneficios.

Si bien es cierto la señora Toloza, en el mes de mayo de 2007 interpuso contra esta entidad una acción de tutela en representación del menor Jorge Bohórquez, con miras a que se le autorizara la cobertura económica del tratamiento de ortodoncia, el cual se encuentra expresamente excluido del Plan Obligatorio de Salud por tratarse de un tratamiento estético, dicha acción de tutela fue fallada a favor de SALUD TOTAL por el Juez SEGUNDO (2) PROMISCOU MUNICIPAL,...

Es de anotar, que mientras estuvo afiliado vigente en SALUD TOTAL esta entidad no fue notificada de algún fallo de segunda instancia en la cual se REVOCARA la sentencia proferida por el Juez Segundo (2) Promiscuo Municipal y en la cual se ordenara autorizar la cobertura del tratamiento de Ortodoncia, el cual reiteramos se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud al tratarse de un tratamiento de tipo estético.

Así las cosas, y mientras estuvo afiliado el menor JORGE BOHORQUEZ en SALUD TOTAL, le fueron autorizados y suministrados todos los servicios que requirió dentro del PLAN

OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO.

Respecto a la inquietud de si dentro de la red adscrita de SALUD TOTAL, se encuentra la FUNDACIÓN OPERACIÓN SONRISA DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ, me permito informar que esta entidad NO TIENE NINGÚN CONVENIO O CONTRATO SUSCRITO CON DICHA INSTITUCIÓN.

(...)

En el caso de la referencia, el menor BOHORQUEZ ya no es usuario de SALUD TOTAL ARS, por ende, deberá acudir a la ADMINISTRADORA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO a la que actualmente se encuentra para que le continúen prestando los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.”

b) El 14 de diciembre de 2007, el Secretario de Salud del Municipio de San José de Guaviare informó a esta Sala, lo siguiente:

“... que teniendo en cuenta que SALUD TOTAL prestó sus servicios hasta el 30 de septiembre de 2007, el menor JORGE BOHORQUEZ, fue asignado de forma inmediata es decir a partir del primero de octubre del presente año, a la empresa prestadora de servicios subsidiados EPS-ECOOPSOS, además por ser un evento no POSS, se debe adelantar el trámite ante la Secretaria Departamental de Salud del Guaviare, quienes manejan los recursos de subsidio a la oferta.”

5.2. Mediante Auto del 25 de febrero de 2008, esta Sala ordenó que, por Secretaría General de esta Corporación, se oficie a la E.P.S. ECOOPSOS y a la Secretaría de Salud Departamental del Guaviare para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de esa providencia, informe a este despacho lo siguiente:

* En qué nivel de complejidad se encuentra el tratamiento de Ortodoncia ordenado al menor.

* Si el Municipio de San José de Guaviare cuenta con una red hospitalaria que preste el tratamiento de ortodoncia según su nivel de complejidad del servicio que requiere el menor.

* En relación a qué niveles de complejidad se encuentra obligado el Municipio de San José de Guaviare.

- El 13 de marzo de 2008, la Gerente General de la Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS, en respuesta a esta Sala manifestó lo siguiente:

“El joven JORGE LUIS BOHORQUEZ TOLOZA identificado con Tarjeta de Identidad Número 91111002743 se encuentra afiliado a la entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS EPS-S, desde el día 01 de octubre de 2007, en el municipio de San José del Guaviare - Guaviare (sic) con carne número 2207005981 y tiene derecho a recibir por parte nuestra, todos y cada uno de los servicios POS-S que requiera.

ECOOPSOS ESS EPS-S en cumplimiento de sus responsabilidades legales y contractuales, tiene garantizada la prestación de los servicios de primer nivel de atención para el joven JORGE LUIS BOHORQUEZ TOLOZA, con la IPS JD ODONTOMEDIC IPS EU, ubicada en el municipio de San José del Guaviare, que se encuentran contratados bajo la modalidad de Capitación (es decir no requieren autorización previa),...

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que ni la accionante ni el paciente han solicitado autorización de servicios a nuestra entidad, motivo por el cual ECOOPSOS ESS EPS-S desconoce la atención y prescripciones médicas que señala la accionante en la parte fáctica de la acción de tutela; por lo esbozado en la misma se puede inferir que el paciente en la actualidad presenta diagnóstico de FISURA DEL PALADAR CON LABIO LEPORINO UNILATRAL y requiere de tratamiento de ORTODONCIA.

En lo pertinente al TRATAMIENTO DE ORTODONCIA se debe mencionar que éste servicio NO se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, definido mediante el Acuerdo 306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expedido por el Ministerio de Salud (...), y adicionalmente se encuentra relacionado en el Artículo 18 de las EXCLUSIONES Y LIMITACIONES del Plan Obligatorio de Salud, establecidas por la Resolución 5261 de 1994, Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud,...

(...)

En consecuencia de lo anterior se infiere que el TRATAMIENTO DE ORTODONCIA se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, por lo tanto es un evento NO POS-S a cargo del ente territorial que corresponda según su jurisdicción, para este caso la Secretaria de Salud de Guaviare, es la entidad encargada de garantizar la efectiva prestación del servicio requerido por el paciente con cargo a los recursos de subsidios a la oferta.”

Por último, la Gerente informó:

1. El tratamiento de Ortodoncia, que “es realizado por la Especialidad de Odontología, y la cobertura de especialidades en salud corresponden al segundo y tercer nivel de complejidad.”

2. En relación con la red hospitalaria con que cuenta el Municipio de San José del Guaviare para la prestación del servicio de Ortodoncia, esta información no es manejada por esa entidad. Sin embargo, realizaron averiguaciones sobre las IPS que tienen ofertado ese servicio en el Municipio y relacionó las siguientes: Servioral, Salud Oral y Odontología Estética Dentisalud.

3. Y por último, señaló que el Municipio como ente territorial se encuentra obligado a asumir las atenciones de salud con recursos del subsidio a la oferta de eventos NO POSS en los niveles de complejidad segundo y tercero; el primer y cuarto nivel corresponde a las EPS-S.

Y, el Municipio de San José del Guaviare cuenta con el Hospital del mismo nombre habilitado para servicios de segundo y tercer nivel de complejidad.

- El 25 de marzo de 2008, la Secretaria Departamental de Salud del Guaviare dio respuesta a los interrogantes planteados por esta Corporación, así:

“1. Al punto Uno: El tratamiento de ortodoncia corresponde a segundo nivel de complejidad.

2. Al punto Dos: el departamento del Guaviare cuenta con una empresa Social del Estado de II nivel de complejidad ubicado en el municipio de San José del Guaviare. Teniendo en cuenta que el hospital San José ESE de II Nivel es un hospital del estado y que la ortodoncia es un

evento de carácter estético que no está incluido en el POS, dicho servicio no hace parte de su portafolio de servicios.

3. Al punto Tres: De acuerdo a la organización del SGSS, el plan Obligatorio de Salud, POS, es el plan de beneficiarios a que tiene derecho todo usuario cotizante del sistema y sus beneficiarios, o sea, los afiliados a régimen contributivo. Teniendo en cuenta que a este plan completo no tienen acceso los beneficiarios del régimen subsidiado, dado que su plan de beneficios es limitado, la normatividad contempla que la oferta que le son asignados, los cuales para el caso del Guaviare son administrados por el Departamento debido a que los municipios no se encuentran certificados, Ley 715 de 2001. Es de advertir, una vez que la ortodoncia contemplada como tratamiento estético no se encuentra bajo las coberturas del plan obligatorio de salud, motivo por el cual no es asumida por las EPSS y tampoco está autorizado dentro de la complementariedad a cargo de entes territoriales.”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

1. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y a la seguridad social del menor Carlos Andres Vidal Rios han sido vulnerados por la entidad que administra el régimen subsidiado en San José del Guaviare al no autorizar el tratamiento de Ortodoncia por encontrarse fuera del POS-S.

Para tal efecto se estudiarán los siguientes temas: i) Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud integral de los menores, ii) Autorización de tratamientos fuera del POS, y iii) Capacidad económica y carga de la prueba.

2. Protección mediante la acción de tutela. Tratamiento integral. Tratamientos fuera del POS.

La Constitución Política en su artículo 49 estableció que la atención en salud, que es un derecho constitucional, también es un servicio público a cargo de Estado, por lo que éste se encuentra comprometido a asegurar su efectiva prestación en términos de promoción, protección y recuperación, conforme lo ordenan los principios superiores de universalidad, eficiencia y solidaridad.

Con base en la normativa señalada y por su carácter prestacional, esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no tiene per se el carácter de derecho fundamental, el cual puede ser protegido a través de la acción de tutela, salvo excepcionalmente en los eventos en que éste se encuentra en relación de conexidad con otro u otros derechos que sean catalogados como fundamentales, entre otros como el derecho a la vida o al trabajo. Al respecto, la Corte ha señalado lo siguiente:

“(…) si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental², sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida haga necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.³ De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente⁴, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas⁵. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental.”⁶ (negritas fuera de texto)

En lo referente a los menores de edad, la jurisprudencia de esta Corte, con fundamento en el artículo 44 constitucional⁷, ha establecido que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental de manera autónoma. En este sentido, la Corte ha sostenido:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.” ⁸ (subrayas fuera de texto)

Y en el mismo sentido, manifestó que cuando se encuentran en juego los derechos de los menores, éstos tienen una especial protección prevaleciendo esos derechos sobre los demás.

La Sentencia T- 610 de 2000, al respecto dijo:

“No hay ninguna duda que la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental, tal y como lo prevé el artículo 44 de la Constitución Política y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración afectan derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

Es indudable que en el evento bajo estudio están en juego los derechos de un niño, y la Constitución consagra un régimen de protección especial para los menores, en el que se proclama la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás. Además, en aplicación de ese régimen especial, la Corte Constitucional ha reiterado que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales por expresa disposición del artículo 44 de la Carta Política.”⁹

Así las cosas, frente a situaciones que representen peligro para el menor, es deber del juez de tutela actuar bajo los parámetros normativos que rigen sus derechos y en el entendido de que, en estos eventos, el derecho a la salud se constituye en fundamental de manera autónoma.

La Corte ha reiterado que no solo se protege el derecho a la vida en conexidad con la salud, sino también el derecho a la calidad de vida que corresponde a la dignidad de todo ser humano.

La Sentencia T- 134410 de 2001, dijo:

“El ser humano, ha dicho la jurisprudencia, necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aún cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles, poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho, a abrigar

esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad.¹¹

“Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible.¹² De allí, que también el concepto de derecho a la salud, cuando va aparejado de su conexidad con la vida, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.¹³” (subrayas fuera de texto)

No hay que dejar de lado que la especial protección constitucional de que gozan los menores de edad, implica que los primeros llamados a cumplir con este deber son los que componen su núcleo familiar y posteriormente la responsabilidad de las entidades que conforman el sistema de seguridad social en salud y de las autoridades administrativas y judiciales, quienes, en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, garantizan la inmediata atención del servicio en salud.

Ahora bien, ha reiterado esta corporación que el amparo constitucional para el suministro de medicamentos, tratamientos u operaciones que se encuentren fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS), debe reunir y cumplir los siguientes presupuestos¹⁴:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o reglamentaria, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado¹⁵, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos. 2ª. 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, el sustituto 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. 3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios, medicina prepagada, etc.). 4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

De acuerdo al cumplimiento de los presupuestos enunciados, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, ha inaplicado aquellas disposiciones que, o bien restringen la entrega de medicamentos, o bien impiden la aplicación de ciertos tratamientos médico-quirúrgicos.

3. Incapacidad económica. Carga de la prueba.

En cuanto a la carga probatoria, la Corte Constitucional ha indicado que si persiste la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del accionante (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo, en ese caso, a la entidad demandada demostrar lo contrario.

No obstante, señaló esta Corporación que los afiliados a las entidades de salud deben probar su incapacidad económica para sufragar el costo del servicio demandado, al menos de manera sumaria. Incluso, ha llegado a admitir, dando aplicación al principio de la buena fe, que tal prueba sumaria puede provenir de la sola declaración del demandante cuando la entidad demandada no la discute ni desvirtúa.

En la Sentencia T-906 de 200216, la Corte manifestó:

“(…) la incapacidad económica de una persona no se demuestra exclusivamente con el balance certificado por un contador, o con la declaración de renta, o con el certificado de ingresos, pues ese hecho se puede acreditar con testimonios o con otro tipo de documentación distinta a la mencionada e, inclusive, con la sola manifestación del actor cuando no ha sido controvertida por la contraparte”. 17

No sobra recordar que el juez constitucional también tiene la obligación de activar sus poderes inquisitivos en materia probatoria con el objeto de determinar la situación

económica de las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales.¹⁸

Entre las reglas probatorias que ha señalado la Corte Constitucional, se cita la siguiente:

“(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.”¹⁹ (subrayas fuera de texto)

En este orden de ideas, cuando una persona afiliada al régimen subsidiado de salud requiera la prestación de un servicio excluido del POS y el juez constitucional que conozca del asunto advierta que el no suministro del mismo lesiona sus derechos fundamentales a una vida digna y a la salud, éste deberá ordenar la realización inmediata del tratamiento, procedimiento o intervención que se demande.²⁰

III. CASO CONCRETO

La señora Mireya Toloza Cubides en representación de su menor hijo Jorge Luis Bohórquez Toloza de 14 años de edad, a quien se le han realizado varias cirugías debido a que nació con labio leporino y paladar hendido, solicita que le sea autorizado el procedimiento de ortodoncia, tal y como el médico tratante se lo ordenó.

De las pruebas allegadas por la accionante como de las solicitadas por esta Corporación, se observa que la E.P.S. Salud Total, entidad de salud inicialmente demandada, ya no opera como Administradora de Régimen Subsidiado²¹ en el Municipio de San José del Guaviare, toda vez que el contrato de administración de recursos de dicho régimen fue terminado de manera voluntaria por esta entidad.

La E.P.S. Salud Total, aclaró que el menor Jorge Luis Bohórquez ya no es usuario de esta entidad, por lo que deberá acudir a la administradora del régimen de salud a la que actualmente se encuentra afiliado para que le continúen prestando los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Por su parte, el Secretario Municipal de Salud informó a esta Sala que el menor Jorge Luis Bohórquez fue asignado a partir del 1 de octubre de 2007, a la empresa prestadora de

servicios subsidiados E.P.S. ECOOPSOS, agregó que el tratamiento que requiere el menor por no encontrarse incluido en el POS-S, debe ser tramitado ante la Secretaria Departamental de Salud del Guaviare, quienes manejan los recursos de subsidio a la oferta.

Por consiguiente, la Sala entrará a determinar si en el presente caso se cumple con los presupuestos que esta Corporación ha establecido para que proceda la acción de tutela contra la entidad inicial demandada, a saber:

i) Que “la falta del medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico vulnere o amenace los derechos a la vida o a la integridad física de quien lo requiere”;

Aparentemente la vida del menor en este caso, no correría riesgo debido a la falta del tratamiento de Ortodoncia. Sin embargo, la Sala observa que dentro del concepto amplio de salud que incluye la estabilidad emocional del paciente, podrían afectarse los derechos a la salud, la vida digna e integridad física del niño si se tiene en cuenta la afirmación de la accionante al asegurar que su hijo ha sido maltratado verbalmente por los compañeros de colegio debido a su deficiente posición dental. Al respecto dijo:

“... su hijo ha sido maltratado verbalmente por los compañeros de colegio, debido a su deformación, afectándolo psicológicamente en su desarrollo personal.”

De otra parte, y vinculando el concepto de vida en condiciones dignas, es claro que el derecho del menor a que se le suministre el tratamiento de ortodoncia resulta necesario, debido a que tal como establece la Corte Constitucional en su jurisprudencia, el ser humano para desarrollarse integralmente, requiere mantener ciertos niveles de salud física y mental, que deben ser garantizados por el Estado a través de su régimen de seguridad social en salud, por lo que el paciente tiene derecho “a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias, pueda llevarse con dignidad.²²”, más aún, cuando se trata de un menor de edad.

Luego, se cumple el primer requisito para inaplicar normas que excluyen del POS-S el tratamiento de Ortodoncia.

ii) Que, “ese tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no pueda ser sustituido por

otro que se encuentre incluido en el POS”;

“Concepto Médico:

Paciente masculino de 14 años de edad, con dx labio leporino y paladar hendido, con múltiples intervenciones quirúrgicas. Requiere continuar en tto (sic) médico x cirujano plástico y maxilofacial y manejo por fonoaudiología.

Concepto Odontológico:

Px que al examen físico odontológico presenta Dilatar de Cx en labio sup. Lado izquierdo, intraoralmente aun persiste comunicación de paladar con piso fosas nasales, en línea de continuidad palatina presenta erupción dental posiblemente el 23, requiere manejo y tratamiento con cirugía maxilo-facial otorrinolaringología y fonoaudiología. Dx Paladar Figurado.23”

En relación con este presupuesto, ninguna de las entidades demandadas, manifestaron la existencia de otro tratamiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud que reuniera las características necesarias para reemplazar el ordenado al menor, circunstancia que lleva a dar certeza jurídica sobre la necesidad del procedimiento ordenado por los especialistas.

iii) Que “el tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”;

La Sala encuentra probado este requisito ya que tanto el odontólogo como la médica tratante, se encontraban adscritos a la E.P.S. Salud Total al momento de emitir sus diagnósticos, entidad de salud que inicialmente estaba atendiendo al menor. Presupuesto que no fue controvertido por ninguna de las entidades demandadas.

iv) Que “el interesado no pueda costear directamente el tratamiento, el medicamento o la prueba de diagnóstico, ni pueda acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni pueda pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la E.P.S.”.

Finalmente, respecto a este último requisito enunciado se deben tomar en consideración la manifestación realizada por la señora Mireya Toloza Cubides en cuanto a que por “... su

precaria situación económica le ha sido imposible costear el tratamiento que requiere su hijo.”

Afirmación, en la que cabe recordar que, la Corte Constitucional ha establecido que en casos como el presente, cuando la accionante afirma que carece de los recursos económicos requeridos para asumir el costo del tratamiento que solicita incurre en lo que jurídicamente se denomina una negación indefinida, exenta de prueba²⁴. Además, debe tenerse en cuenta que la afirmación no fue desvirtuada²⁵ por las entidades demandadas, las cuales tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados o beneficiarios, que les otorga aptitud plena para controvertir fundadamente las aseveraciones referentes a la incapacidad económica de sus afiliados o beneficiarios, de manera que su pasividad e inactividad frente a ellas conlleva a que judicialmente sean tenidas como prueba suficiente.²⁶

De igual manera, es relevante recordar que el menor pertenece al SISBEN, Nivel 1 por tanto, y de conformidad con el artículo 13 de nuestra Carta Política, requiere de una especial protección al encontrarse clasificado dentro de la población de mayor vulnerabilidad (niños, mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad).

Por lo anterior, esta Sala revocará la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, dentro del trámite de la acción de tutela iniciada por la señora Mireya Toloza Cubides en representación de su hijo Jorge Luis Bohórquez Toloza, y en su lugar, concederá el amparo solicitado.

Órdenes en el caso concreto:

* La entidad de salud que actualmente está atendiendo al menor fue vinculada dentro del proceso, garantizándole así su derecho de defensa, por eso, es la Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS quien debe realizar el tratamiento de Ortodoncia al menor Jorge Luis Bohórquez Toloza.

* De acuerdo con las pruebas solicitadas por esta Sala, se tiene que el tratamiento de

Ortodoncia es realizado por la Especialidad de Odontología y la cobertura de especialidades en salud corresponden al segundo y tercer nivel de complejidad.

Es decir, que el ente encargado de autorizar el tratamiento antes mencionado, es la Secretaria de Salud Departamental del Guaviare, entidad que presta a la población afiliada al Régimen Subsidiado los servicios no incluidos en el POS-S, si se tiene en cuenta que, como esa entidad lo dijo en este proceso, el Municipio de San José de Guaviare aún no ha sido certificado.

En consecuencia ordenará a la Secretaría de Salud Departamental del Guaviare, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice a la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS de San José del Guaviare, el tratamiento de Ortodoncia al menor Jorge Luis Bohórquez Toloza, en la forma y la fecha que determine su médico tratante, y se le brinde la atención medica integral que requiera para el tratamiento de las afecciones que padece.

En casos similares esta Corporación ha señalado:

“i) Necesidad del tratamiento fuera de la sede, pues de él depende la recuperación de la salud. De hecho, por regla general, sólo debe autorizarse la prestación de servicios médicos en un lugar distinto al de la residencia del paciente si en ese lugar no existen los medios suficientes y pertinentes para obtener los mejores resultados médicos. Entonces, “cuando no es posible ofrecer el servicio en un determinado lugar, por ejemplo ante la carencia de infraestructura o la inexistencia del personal especializado, el usuario debe trasladarse a otra localidad para recibir la atención requerida”²⁷ (subrayas fuera del texto)

En resumen, se debe prestar el servicio médico en lugares diferentes al de la sede del paciente, en los casos en que ni éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin, y se comprometen sus derechos fundamentales, al no existir los medios necesarios para proteger la vida del pacientes.²⁸

La Corte debe aplicar directamente la preceptiva constitucional e inaplicar en el presente caso las normas que se encuentran contenidas en el artículo 10 del Decreto 806 de 1998 “exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud”, la Resolución 5261 de 1994 “Manual de Actividades, Intervenciones y procedimientos”, y el Acuerdo 228 de 2002 CNSSS.

IV. 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. LEVANTAR la suspensión de términos que se impuso en el Auto de 16 de octubre de 2007 en el proceso de la referencia.

SEGUNDO. REVOCAR el fallo de instancia proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, de 17 de mayo de 2007 mediante el cual se negó la tutela presentada por la señora Mireya Toloza Cubides en representación de su hijo Jorge Luis Bohórquez Toloza; en su lugar, CONCEDER el amparo demandado para proteger los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social del menor Jorge Luis Bohórquez Toloza.

TERCERO. En consecuencia, ORDÉNASE a la Secretaria de Salud Departamental del Guaviare, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, a cargo de esa corporación, autorice a la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS de San José del Guaviare, el tratamiento de Ortodoncia al menor Jorge Luis Bohórquez Toloza, en la forma y la fecha que determine su médico tratante, se le brinde la atención medica integral y se le realicen los procedimientos que sean necesarios para restablecer su deficiente posición dental.

CUARTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La entidad demandada anexó copia del retiro voluntario ante la Secretaria General y Jurídica de Salud Total S.A. EPS - ARS.

2 Sobre el tema pueden consultarse las sentencias T-395 de 1998 y T-076 de 1999, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

3 Ver sentencia T-494 de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

4 Al respecto se pueden consultar las sentencias SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-039 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-171 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Ver sentencias T-271 de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y T-494 de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

6 Sentencia T-1036 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

7 “ARTICULO 44. 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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.// 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. Cualquier

persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

8 Sentencia SU-819 de 1999, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

9 Sentencia T-610 de 2000, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

10 M. P. Alvaro Tafur Galvis

11 Ver sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en T 099 de 1999 y T-722 de 2001.

12 T-395 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

13 T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Véase por ejemplo la sentencia T-806 de septiembre 28 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

15 Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

16 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

17 Ver también las sentencias T-113 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, y T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

18 Ver al respecto las sentencias T-452 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda y T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

19 Cfr. Sentencia T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

20 Sentencia T-1063 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 La entidad demandada anexó copia del retiro voluntario ante la Secretaria General y Jurídica

22 Ver sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz

23 Doctora María Margarita Vargas.

24 De conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

25 Sentencia T - 819 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

26 Ver, entre otras, las sentencias T-861 de 2002 y T-260 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

27 Sentencia T-223 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

28 Ver entre otras sentencias: T-223, 256, 276 de 2005 y la T-814 de 2006.