

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Tratamiento odontológico de ortodoncia que se encuentra fuera del POS

Frente al suministro de tratamientos de ortodoncia, regularmente negados por las E.P.S. con fundamento en los argumentos acabados de esgrimir, se tiene que en principio, no pueden ser cubiertos por aquellas, en atención a que su falta de suministro normalmente no compromete el derecho a la salud o la vida del paciente. Empero, se repite, estudiado el caso concreto deberá establecerse si la falta de suministro del tratamiento de ortodoncia compromete la salud, la integridad personal o la vida en condiciones dignas del paciente, por ejemplo, cuando tal tratamiento se requiere en orden a aliviar o curar alguna enfermedad o dolor fuera de los fines exclusivamente estéticos, de tal forma que se obtenga un mejoramiento en la calidad de vida física y psicológica del paciente. En tales casos, es innegable que el tratamiento puede generar como consecuencia adicional fines de corte estético, pero estará sustentado de fondo en la necesidad de dar solución a los problemas funcionales que padezca el paciente y la protección del derecho a la vida en condiciones dignas.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No puede exigirse que orden en que reclama servicios sea expedida por médico tratante que no existe en EPS

En el asunto sub judice, si bien resulta evidente que la orden médica que contiene el tratamiento solicitado fue obtenida de un odontólogo que no tiene nexo alguno con Salud Total E.P.S., lo cual en principio la exoneraría de cualquier responsabilidad en relación con su cobertura, lo cierto es que existen circunstancias especiales que matizan tal premisa. En este sentido, es indispensable valorar tres hechos específicos presentes en la controversia que se analiza: el primero, consiste en que la entidad demandada no ofrece a sus afiliados,

posibilidades de atención en servicios especializados de ortodoncia, por cuanto según lo expresó en escrito de diciembre 16 de 2005 no tiene contrato de prestación de servicios con médicos ortodoncistas; el segundo, se refiere a la afirmación del odontólogo tratante de la peticionaria, contenida en escrito de diciembre 14 de 2005, donde se lee que fue él mismo quien le recomendó consultar a un ortodoncista particular para la corrección de su mala oclusión dental, justamente atendiendo a la necesidad de brindarle la atención especializada que su E.P.S. no le podía ofrecer; y el tercero, relacionado con la valoración que, por remisión del Juez de la causa, le fue realizada a la accionante por parte de un ortodoncista privado, cuyo nombre fue sugerido para tales efectos por el odontólogo Forense, mediante informe técnico médico Legal de diciembre 16 de 2005, debido a que la regional Sur - Seccional Huila, no cuenta con los servicios especializados de ortodoncistas. Con base en estas situaciones, probadas en el expediente, esta Sala concluye, entonces, que la peticionaria no tuvo opción diferente a la de acudir, en consulta particular, ante un ortodoncista para recibir la atención, valoración y tratamiento de su mala oclusión dental. De esta manera, exigirle que la orden en la que se incluyen los servicios médicos que reclama sea expedida por un médico especialista tratante que no existe, es anular de plano su derecho, colocándola en estado de total indefensión.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Negación indefinida exenta de prueba de acuerdo al artículo 177 del C de P.C.

Se deben tomar en consideración las manifestaciones realizadas por la señora en cuanto a que su empleo como trabajadora del hogar, por días, no le permite percibir los ingresos monetarios necesarios para la manutención de su núcleo familiar, menos aún para asumir, directa y personalmente, el costo del tratamiento dental que requiere su hija, al extremo de estar dependiendo en la actualidad de las ayudas financieras que voluntariamente le brindan su madre y su hija mayor. En este sentido, es menester recordar que, conforme lo ha establecido esta Corte, cuando la demandante 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 prueba, de conformidad con el artículo 177

del Código de Procedimiento Civil, la cual no fue desvirtuada en el trámite de este recurso. Por ende, esta Sala de Revisión asume que, en efecto, la señora no tiene los recursos necesarios para cancelar, por sí misma, el valor de aquél.

CAPACIDAD ECONOMICA-Carga probatoria

Es procedente reiterar que, dentro de la línea jurisprudencial trazada por esta Corporación sobre el tema de la ausencia de capacidad de pago en materia de salud, se ha establecido que la carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la E.P.S. demandada, cuando en el proceso solamente obra como prueba que la soporte, la afirmación formulada en ese sentido por el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos. Lo anterior, se sustenta en que tales empresas tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, que les otorga aptitud plena para controvertir fundadamente las aseveraciones referentes a la incapacidad económica de sus cotizantes, de manera que su pasividad e inactividad frente a ellas conlleva a que judicialmente sean tenidas como prueba suficiente.

Referencia: expediente T-1309251

Acción de tutela instaurada por Mireya Sterling Pava Mayorca contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil seis (2006).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON PINILA PINILLA, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferido por el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Neiva, en primera instancia, y el Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Neiva, en segunda instancia, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Mireya Sterling Pava contra Salud Total E.P.S.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado en diciembre seis (6) de dos mil cinco (2005), la señora María Nubia Pava Mayorca, actuando en nombre y representación de su hija Mireya Sterling Pava, menor de edad, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, la seguridad

social, la integridad personal y la vida digna, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, presuntamente vulnerados por la entidad demandada.

La solicitud de amparo se sustenta en los siguientes:

1. Hechos.

La accionante, de 16 años de edad, se encuentra afiliada en el régimen contributivo, al Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante, SGSSS), a través de Salud Total E.P.S., en calidad de beneficiaria de su señora madre, María Nubia Pava Mayorca, desde el 16 de julio de 2004, acumulando al mes de diciembre de 2005, un total de 69 semanas cotizadas.

En este orden de ideas, manifiesta la peticionaria, que acudió en consulta general a la unidad odontológica de la entidad demandada, por cuanto se estaba aflojando uno de sus dientes y presentaba molestias en varios de ellos, siendo atendida por el odontólogo Said Montealegre Cárdenas, quien le diagnosticó una mala oclusión dental y, en consecuencia, le recomendó visitar un ortodoncista particular para su tratamiento, por cuanto el mismo no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud (en adelante, POS).

Siguiendo dicha observación, la menor Sterling Pava acudió, en consulta privada, a la clínica "Odontosalud - P" donde fue atendida y valorada por su patología dental, estableciendo en consecuencia, la necesidad de practicarle i) ortodoncia correctiva, ii) retenedores y iii) cirugía de retroceso más mentoplastia, por un monto total de \$5'170.000, como tratamiento adecuado para el restablecimiento de su salud oral.

Con base en lo anterior, la peticionaria solicitó a Salud Total E.P.S. el cubrimiento del costo económico de tal tratamiento, recibiendo una respuesta negativa al respecto, por tratarse de servicios médicos excluidos del POS.

Finalmente, se lee en el escrito de tutela, que la señora Pava Mayorca, madre de la accionante, no cuenta con los recursos requeridos para asumir directa y personalmente el valor que conlleva la realización de los procedimientos ortodóntico - quirúrgicos prescritos a su hija, por cuanto su empleo por días como trabajadora doméstica no se lo permite, teniendo que recurrir a la ayuda monetaria que voluntariamente le brindan su madre y su hija mayor con el propósito de solventar los gastos de manutención suyos y de la menor Sterling Pava.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2. Solicitud

La accionante, dentro del presente proceso de tutela, exhorta a la autoridad judicial para que ampare sus derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, la integridad personal y la vida digna, atendiendo a su condición de menor de edad, ordenando a la entidad demandada la cobertura económica del tratamiento consistente en: i) ortodoncia correctiva, ii) retenedores y iii) cirugía de retroceso más mentoplastia, indispensable para corregir la oclusión dental que la aqueja.

3. Trámite de instancia.

3.1 Mediante auto de diciembre siete (7) de dos mil cinco (2005), el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Neiva admitió la presente acción de tutela, corrió traslado a la entidad demandada para que ejerciera su derecho de defensa, al tiempo que la requirió a suministrar

información adicional que permitiera tener mayor claridad sobre los hechos del caso y, finalmente, ofició al odontólogo tratante de la peticionaria con el mismo propósito.

3.2 Surtido el trámite descrito, la señora Marcela Ramírez Sarmiento, actuando en su calidad de representante legal (suplente) de Salud Total E.P.S. solicitó al juez de la causa, como peticiones principales: i) Denegar el amparo deprecado y, en su lugar, instruir a la accionante para informarle que su representada no se encuentra legalmente obligada a la asunción del costo económico de los procedimientos médico – odontológicos a que se refiere en su escrito de tutela, por cuanto están excluidos del POS y, además, no le fueron prescritos por su odontólogo tratante; y ii) Vincular a la Secretaría de Salud departamental para que se pronuncie sobre la obligación que tiene de asumir el costo económico del tratamiento de ortodoncia correctiva, retenedores y cirugía de retroceso más mentoplastia de la demandante, ordenándole su cubrimiento en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 del decreto 806 de 1998.

A su vez, formuló como peticiones subsidiarias: i) ordenar expresamente al Ministerio de la Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, el pago a la entidad demandada de las cuentas de cobro o facturas que se generen por concepto de los servicios médicos – odontológicos que le sean prestados a la menor Sterling Pava, en acatamiento de la sentencia que ponga fin al presente proceso; y ii) expedir 3 copias auténticas de la misma con sendos oficios de ejecutoria.

Finalmente, precisó la entidad demandada que el costo económico de los servicios médico – asistenciales derivados de los procedimientos quirúrgicos, cuya práctica sea eventualmente ordenada por el juez constitucional, solo lo asumirá en el evento en que la peticionaria efectivamente ostente la calidad de afiliada al régimen contributivo del SGSSS y no presente mora en el pago de sus respectivos aportes.

Por su parte, el señor Said Montealegre Cárdenas, actuando en su condición de médico tratante de la menor Sterling Pava, allegó escrito al expediente en el que manifestó que: i) Presta sus servicios profesionales en la entidad demandada, como odontólogo general, a través de la I.P.S. EMCOSALUD; ii) atendió y valoró a la accionante, por cuenta de Salud Total E.P.S., diagnosticándole una mala oclusión, es decir, una relación anormal entre sus arcos dentarios superior e inferior. En consecuencia, le recomendó consultar un ortodoncista particular, luego de advertirle que el tratamiento requerido para su corrección no se encuentra incluido en el POS; iii) está fuera de su alcance determinar la pertinencia y las consecuencias del tratamiento odontológico ordenado a la peticionaria por el ortodoncista que la atendió, en consulta privada, por tratarse del criterio de un odontólogo especializado; iv) el trámite de autorización de los servicios médicos que solicita la demandante ante Salud Total E.P.S. es determinado por la misma, conforme con la normatividad vigente en Colombia para la prestación de los servicios de salud.

En diciembre quince (15) de dos mil cinco (2005), atendiendo las intervenciones que se acaban de reseñar, el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Neiva libró dos autos de cúmplase ordenando en el primero de ellos: escuchar a la señora Pava Mayorca, en declaración de ampliación de los hechos de la demanda; y en el segundo: i) oficiar a la entidad demandada para que informe si tiene contrato de prestación de servicios vigente con odontólogos especializados en ortodoncia; y ii) remitir a la menor Sterling Pava al odontólogo legista para que determine si, de acuerdo con la patología dental que padece, requiere el tratamiento de ortodoncia correctiva, retenedores y cirugía de retroceso más mentoplastia que solicita, aclarando si el mismo obedece, en su caso, a fines de salud o estéticos.

Así las cosas, la señora Pava Mayorca se presentó al despacho del juez de la causa solicitándole recibir la declaración de su hija mayor, Jenny Paola, por estar ella mejor instruida para efectos de aclarar y complementar el núcleo fáctico de la demanda, petición a la que se accedió y dio trámite inmediato. Procedió, entonces, la declarante a ratificar los hechos narrados en el escrito de tutela, aclarando que su hermana menor acudió en consulta particular a la Clínica Odontosalud, por cuanto su odontólogo general de Salud Total E.P.S.

tratante, el señor Said Montealegre, le informó que la entidad demandada no ofrecía atención especializada en ortodoncia, al no estar incluida en el POS, recomendándole visitar un ortodoncista privado para que le prestara la debida valoración y tratamiento de su enfermedad dental.

En igual sentido se pronunció la entidad demandada, ratificando que no tiene contrato de prestación de servicios vigente con ningún ortodoncista, toda vez que tal especialidad no está comprendida dentro de las coberturas médicas a su cargo, establecidas en la resolución 5261 de 1994.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Entretanto, el odontólogo forense Rafael Horacio Chacón Oliveros, mediante informe técnico médico legal Nº 2005C-07000105682, informó al Juzgado que la regional Sur - Seccional Huila del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no cuenta con los servicios de ortodoncia, motivo por el cual no podía observar sus requerimientos. No obstante, relacionó un listado de profesionales especializados en dicha área de la salud oral, ubicados en la ciudad de Neiva, que estaban en capacidad de hacerlo.

Entre estos, figuraba el señor Carlos Manuel Osorio Gálvis, a quien fue remitida la menor Sterling Pava, por nuevo auto de cúmplase, para su correspondiente valoración, luego de la cual dictaminó que la misma requiere tratamiento de ortodoncia correctiva, retenedores y cirugía ortognática, con fines funcionales, para devolverle su función masticadora.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

- Fotocopia de la tarjeta de identidad de la menor Sterling Pava (folio 5)
- Fotocopia del registro civil de nacimiento de la menor Sterling Pava (folio 6) - Orden médica

y cotización del tratamiento odontológico solicitado por la accionante (folio 7)

- Fotocopia de la historia clínica odontológica de la peticionaria (folios 8-11)
- Concepto médico del odontólogo general tratante de la peticionaria, adscrito a Salud Total E.P.S. (folio 22)
- Declaraciones de ampliación de los hechos de la tutela de las señoras Pava Mayorca y Jenny Paola Pava, madre y hermana mayor de la accionante, respectivamente (folio 24)
- Informe técnico médico legal Nº 2005C-07000405682, suscrito por el odontólogo forense Rafael Chacón Oliveros (folio 26)
- Escrito de fecha diciembre 16 de 2005, en el que la entidad demandada responde oficio Nº 2627 de solicitud de información del Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Neiva (folio 28)
- Concepto médico rendido por el odontólogo especializado en ortodoncia Carlos Manuel Osorio, en respuesta al requerimiento que le fuera formulado por el Juez de la causa, atendiendo al informe técnico médico legal en mención (folio 29)

II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo de diciembre veintiuno (21) de dos mil seis (2006), el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Neiva, concedió la tutela de los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, la integridad personal y la vida digna de la menor Mireya Sterling Pava, ordenando en consecuencia, que la entidad demandada cubra el valor económico del

tratamiento de ortodoncia correctiva, retenedores y cirugía ortognática requeridos para la corrección de la oclusión dental que padece aquella; y advirtiendo sobre el derecho de Salud Total E.P.S. a repetir en contra de la subcuenta de compensación del régimen contributivo del Fosyga, para obtener el reintegro de todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo anterior.

A tal decisión llega el juzgador, luego de considerar que:

- i. El carácter fundamental y prevalente de los derechos fundamentales de los niños dentro del ordenamiento constitucional colombiano.
- i. La inexistencia de otro medio de defensa judicial de los derechos fundamentales invocados por la peticionaria.
- i. La falta de capacidad de pago de la demandante está respaldada por las afirmaciones de la señora Pava Mayorca, no controvertidas por la demandada, en el sentido de pertenecer al estrato 1, laborar como trabajadora de hogar por días, estar cargo, por sí sola, de la manutención de su núcleo familiar y su dependencia de las ayudas voluntarias que le proporcionan su mamá y su hija mayor, que tiene un hogar diferente junto a su cónyuge.
- i. El cumplimiento en el caso sub judice de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de esta Corte para obligar a las Empresas Promotoras de Salud a suministrar medicamentos no incluidos en el POS a sus afiliados.
- i. La probada necesidad de la práctica del tratamiento odontológico ordenado a la accionante

para efectos de restablecer su salud oral con fines funcionales, en concreto, devolverle su función masticadora.

i. La orden médica en este sentido, si bien fue expedida por un médico particular, fue ratificada en el trámite de instancia por un ortodoncista sugerido por el odontólogo forense, mediante informe técnico médico legal, para efectos de valorar el estado de evolución de la oclusión dental de la menor Sterling Pava, al igual que el tratamiento adecuado para corregirla.

i. La demandante acudió, en consulta particular, a un ortodoncista por recomendación expresa de su odontólogo tratante de Salud Total E.P.S., quien le manifestó que no tenía otra alternativa distinta por cuanto los servicios odontológicos en esta área no están incluidos en el POS y, en consecuencia, no son prestados por la entidad demandada, la cual no tiene contrato de prestación de servicios suscrito con ningún especialista en ortodoncia.

Finalmente, el a quo negó la solicitud de vinculación de la Secretaría de Salud departamental en atención al derecho que tienen las Empresas Promotoras de Salud de recuperar el dinero que gasten en el cubrimiento de servicios médicos No POS de sus afiliados, a través del Fosyga.

2. Impugnación

Inconforme con la decisión tomada por el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal, Salud Total E.P.S. decide impugnarla, reiterando los argumentos expuestos en su contestación de la acción de tutela, en cuanto a la improcedencia del amparo por involucrar servicios de atención en salud que, al no estar incluidos en el POS, no tiene obligación de solventar,

menos aún cuando fueron prescritos por un odontólogo ortodoncista que no está adscrito a su red de médicos especialistas.

Al respecto, cita algunas sentencias de tutela de esta Corporación, como la SU-480 de 1997, en donde se establecen los requisitos para la prosperidad de las solicitudes de tratamientos médicos excluidos del POS formuladas ante el Juez Constitucional, entre los cuales se destaca que el medicamento o procedimiento de que se trate haya sido prescrito por el médico tratante del peticionario, adscrito a su respectiva E.P.S.

3. Sentencia de segunda instancia

En fallo de fecha febrero diez (10) de dos mil cinco (2005), el Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Neiva revocó la sentencia proferida por el a quo, acogiendo la tesis de la defensa respecto a la improcedencia del amparo deprecado en la medida en que el tratamiento odontológico solicitado por la accionante fue prescrito por un especialista en ortodoncia no adscrito a la entidad demandada, en consulta médica de tipo particular, de manera tal que no se reúnen en el caso sub judice los requisitos señalados por la Corte Constitucional para ordenar a una E.P.S., por vía de tutela, el cubrimiento económico de servicios médicos no incluidos en el POS a cualquiera de sus afiliados

Asumido este asunto mediante auto de la Sala de Selección Número Tres (3) de marzo treinta (30) de dos mil seis (2006), se aprecia que esta Corte es competente para revisar el fallo dictado en la acción de tutela iniciada por Mireya Sterling Pava contra Salud Total E.P.S., de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

La presente controversia plantea como interrogante a resolver, a la luz de los postulados constitucionales vigentes, si Salud Total E.P.S. está vulnerando o no los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, la integridad personal y la vida digna de la menor Sterling Pava, al negarle la atención especializada en ortodoncia, así como el tratamiento ortodóntico quirúrgico que requiere para corregir la oclusión dental que padece, recuperando de esta manera su función masticadora, bajo el argumento de tratarse de tratamientos no incluidos en el POS y ordenados por un médico particular no adscrito a su red de servicios.

En este sentido se reseñará, a continuación, por una parte, la línea jurisprudencial establecida por esta Corporación respecto de la protección integral del derecho a la salud en la Constitución Política, en particular, frente a las menores de edad y, también, en relación con tratamientos médicos excluidos del P.O.S. que involucran fines funcionales.

3. La protección integral del derecho a la salud en la Constitución Política. Reiteración de jurisprudencia

3.1. El derecho a la vida humana está establecido desde el propio preámbulo de la

Constitución Política como un valor supremo que debe asegurar la organización política, pues tanto las autoridades públicas como los particulares deben propender por garantizar y proteger la vida humana y, mucho más, si prestan el servicio de seguridad social.

Asimismo, en los artículos 11 y 13 superiores, se establece el derecho a la vida como inviolable y se consagra como deber del Estado protegerlo, en especial, el de aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y en el mismo sentido, ordena sancionar los abusos y maltratos que contra ellos se cometan.

En armonía con lo expresado, el artículo 48 de la Carta proclama que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley, y el artículo 365 ibídem señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado que tiene el deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Esta Corporación en diferentes providencias,¹ ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna” conforme con lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece que la República se funda “en el respeto de la dignidad humana.”

Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación² ha sido reiterativa al afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas anomalías -aun cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal. Resulta válido pensar que el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias y buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad.³

En desarrollo de lo anteriormente referenciado, el numeral tercero del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, consagra la protección integral en salud cuando dispone que: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

A su vez, el literal c) del artículo 156 ibídem señala que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.”

3.2. Igualmente, esta Corporación ha manifestado que el amparo por vía de tutela es procedente cuando el titular del mismo es una de las personas que, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Carta Política, requiera de una especial protección en razón de su mayor vulnerabilidad, como son los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad, entre otros⁴.

Así, la Constitución Política en su artículo 44, dispone expresamente respecto de los derechos de los niños, su categoría de fundamentales y la prevalencia de estos frente a los de los demás, haciendo especial énfasis en derechos como la vida, la salud, la integridad física y la seguridad social, lo que determina que la acción de tutela en estos eventos proceda directamente.⁵

Se impone pues, el respeto prevalente de los derechos fundamentales del menor y el interés superior que lo ampara. La Corte Constitucional ha reiterado en numerosos fallos respecto a

éste tema, lo siguiente:

“Sobre el interés superior del niño, ha de reiterarse lo dicho por la Corte en el sentido de que se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, sicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad”⁶

En aquellos casos en los cuales a los menores les es negado un servicio médico justificado en razones de tipo económico, es claro que la no prestación de los tratamientos requeridos afecta no sólo el derecho a la salud, sino también, como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte, la dignidad de los menores, cuando éstos deben afrontar una evolución irregular de su sistema físico y psicológico, al someterlos a mantener condiciones inferiores a las que la naturaleza requiere para el normal desarrollo del ser humano.⁷

La Corte sobre el particular ha señalado lo siguiente:

“La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es “un fin en sí misma”. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución,

descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.

“Ese concepto se traduce en la idea, prohijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la Constitución califica de fundamentales -intrínsecos a la persona- si a un individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano. Es decir, cuando, como en los casos materia de examen, personas menores deben afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y sicológico en condiciones de desamparo”.⁸

De esta manera, cuando de menores de edad se trata, el derecho a la salud aparece, entonces, como un derecho fundamental, no sólo por la consagración expresa del artículo 44 de la Carta Política, sino porque ante la afectación o puesta en riesgo de la salud del menor, aparece comprometido su derecho a la vida en condiciones dignas.

El menor de edad, que bajo circunstancias normales requiere de la protección especial del Estado, la sociedad y la familia, en situaciones anormales de debilidad manifiesta donde se halle frente a una enfermedad que lo afecte física o psicológicamente, requiere un amparo efectivo y específico, al que pueda recurrir en procura de la defensa de su salud, dignidad humana e integridad personal, lo cual puede obtenerse a través de la acción de tutela.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De esta manera, los recursos de que dispone el sistema sólo se destinan a objetivos

verdaderamente prioritarios o indispensables para hacer posible el cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integralidad que lo rigen y excluyendo aquellos tratamientos, por ejemplo el de las cirugías estéticas o cosméticas, que al no ser autorizados, no afectan derechos fundamentales de quien los solicita, pudiendo prescindir de ellos sin consecuencias negativas para su salud.⁹

Sin embargo, atendiendo a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que bajo el postulado del Estado Social de Derecho se imponen como impostergables, la Corte Constitucional en múltiples fallos ha sostenido que la reglamentación legal que recoge la materia de seguridad social, puede ser inaplicada para el caso concreto, para dar lugar directamente a los mandatos de orden superior consagrados en la Carta (principios y derechos de orden constitucional como la dignidad humana, la salud, los derechos de los niños, etc.).

Este es el caso de aquellos procedimientos y tratamientos que por no encontrarse incluidos en el P.O.S., son negados por las Entidades Promotoras de Salud, con el argumento de no encontrarse obligadas legalmente a suministrarlos de conformidad con los art. 28 del Decreto Reglamentario 806 de 1998 y 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que establecieron el Manual de Actividades, Intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Decreto 806 de 1998 establece en el parágrafo del art. 28:

“Cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales incluidos en el POS deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el

costo de estos servicios adicionales, 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 y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

Por otro lado, la mencionada resolución establece en su art. 18 que se tendrán como exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud 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:.... “(...) k. Protesis, ortodoncia y tratamiento periodontal en la atención odontológica. i. Actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente considerados en el presente manual”.

No obstante, tal como se advirtió atrás, existen algunos supuestos que permiten inaplicar la normatividad legal que prohíbe el suministro de tratamientos y procedimientos excluidos del P.O.S. Tales supuestos se encuentran íntimamente relacionados con la potencialidad de vulneración de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida en condiciones dignas de la persona que solicita el procedimiento médico excluido.

De ésta manera, el juez constitucional debe, en su labor hermenéutica y basado en los criterios de la sana crítica establecer si las particularidades del caso concreto enmarcan una violación a los derechos fundamentales del actor.

3.4. Particularmente, frente al suministro de tratamientos de ortodoncia, regularmente

negados por las E.P.S. con fundamento en los argumentos acabados de esgrimir, se tiene que en principio, no pueden ser cubiertos por aquellas, en atención a que su falta de suministro normalmente no compromete el derecho a la salud o la vida del paciente. Empero, se repite, estudiado el caso concreto deberá establecerse si la falta de suministro del tratamiento de ortodoncia compromete la salud, la integridad personal o la vida en condiciones dignas del paciente, por ejemplo, cuando tal tratamiento se requiere en orden a aliviar o curar alguna enfermedad o dolor fuera de los fines exclusivamente estéticos, de tal forma que se obtenga un mejoramiento en la calidad de vida física y psicológica del paciente.

En tales casos, es innegable que el tratamiento puede generar como consecuencia adicional fines de corte estético, pero estará sustentado de fondo en la necesidad de dar solución a los problemas funcionales que padezca el paciente y la protección del derecho a la vida en condiciones dignas, en los términos establecidos en el acápite anterior.

Es así como la Corte Constitucional ha señalado que:

“En cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético, o si, por el contrario, a pesar de su apariencia, guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, pues habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales¹⁰.”

En este orden de ideas, solo resta reiterar, la jurisprudencia constitucional¹¹ en cuanto ha considerado que se violan los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de quien necesita un tratamiento no incluido en el POS, cuando: i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; iii) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento; y iv) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie ¹².

Con estos elementos de juicio, entra la Sala a examinar la situación específica de la peticionaria.

4. El caso concreto

Corresponde a esta Corte decidir el presente caso sobre prestaciones asistenciales en materia de salud en el que la accionante acude ante la jurisdicción constitucional en procura de lograr que le sea autorizado, por la entidad demandada, el cubrimiento económico del tratamiento de ortodoncia correctiva, retenedores y cirugía ortognática que, conforme a la reglamentación derivada de la ley 100 de 1993, está excluido del Plan Obligatorio de Salud.

Para tal efecto, es menester verificar si están dados los presupuestos establecidos por la jurisprudencia atrás reseñada, estos son, que:

i) 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;

- ii) ese tratamiento, medicamento o prueba de diagnóstico no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS;
- iii) 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;
- iv) 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..

Así las cosas, respecto a los dos primeros requisitos señalados, reposa a folio 29 del expediente, concepto médico emitido por el ortodoncista Carlos Osorio, por orden del Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Neiva, en el que luego de valorar el estado de salud oral de la peticionaria, junto con su historia clínica odontológica, confirmó el diagnóstico señalado, tanto por el médico tratante de aquella en Salud Total E.P.S, como por el médico privado que la atendió en consulta particular, en el sentido de identificar la existencia, en su caso, de una mala oclusión dental como enfermedad causante de sus dolencias.

Igualmente, certificó el señor Osorio que la menor Sterling Pava requiere la práctica de los servicios ortodóntico-quirúrgicos que solicita, no para fines estéticos, sino para efectos funcionales, en concreto, para la recuperación de su capacidad masticatoria, disminuida progresivamente con motivo de la patología dental que la aqueja.

En contraste con lo anterior, la entidad demandada omitió pronunciarse sobre los anteriores aspectos siendo destacado que, en momento alguno, alegara la existencia de otro servicio

médico incluido en el Plan Obligatorio de Salud, que reuniera las características necesarias para reemplazar efectivamente los que reclama la accionante para el tratamiento efectivo de su mala oclusión dental, circunstancia que conduce forzosamente a otorgar certeza jurídica a la información contenida en la mencionada prueba, decretada por el a quo, lo mismo que a las declaraciones contenidas en el escrito de tutela (folios 2-4) y en el acta de las dos diligencias de ampliación de su núcleo fáctico realizadas (folio 24), documentos en los que se lee que la menor Sterling Pava viene presentando aflojamiento de sus dientes que amenaza con su total desprendimiento, con las correspondientes secuelas estéticas, funcionales y emocionales que tal evento conllevaría.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

A su vez, respecto al tercer requisito, manifiesta la entidad demandada que no puede ser obligada a cubrir el costo de un tratamiento médico que no fue prescrito por uno de los profesionales de la salud, adscritos a su red de servicios, ya que las valoraciones y prescripciones emitidas por médicos privados, en consulta particular, solo pueden producir efectos vinculantes ante ellos mismos, más no frente a terceros ajenos a la relación médico - paciente.

Esta tesis, en abstracto, es correcta, pero no necesariamente lo sigue siendo al momento de ser aplicada frente a cada caso, en concreto. Así, en el asunto sub judice, si bien resulta evidente que la orden médica que contiene el tratamiento solicitado fue obtenida de un odontólogo que no tiene nexo alguno con Salud Total E.P.S., lo cual en principio la exoneraría de cualquier responsabilidad en relación con su cobertura, lo cierto es que existen circunstancias especiales que matizan tal premisa.

En este sentido, es indispensable valorar tres hechos específicos presentes en la controversia que se analiza: el primero, consiste en que la entidad demandada no ofrece a sus afiliados, posibilidades de atención en servicios especializados de ortodoncia, por cuanto según lo expresó en escrito de diciembre 16 de 2005 (folio 28) no tiene contrato de prestación de servicios con médicos ortodoncistas; el segundo, se refiere a la afirmación del odontólogo

tratante de la peticionaria, contenida en escrito de diciembre 14 de 2005 (folio 22), donde se lee que fue él mismo quien le recomendó consultar a un ortodoncista particular para la corrección de su mala oclusión dental, justamente atendiendo a la necesidad de brindarle la atención especializada que su E.P.S. no le podía ofrecer; y el tercero, relacionado con la valoración que, por remisión del Juez de la causa, le fue realizada a la accionante por parte de un ortodoncista privado, el señor Carlos Manuel Osorio, cuyo nombre fue sugerido para tales efectos por el odontólogo Forense Rafael Chacón Oliveros, mediante informe técnico médico Legal de diciembre 16 de 2005 (folio 26), debido a que la regional Sur - Seccional Huila, no cuenta con los servicios especializados de ortodoncistas.

Así, en el oficio de diciembre 19 de 2005 que presentó al Juez de Primera Instancia acerca del estado de salud oral de la menor Sterling Pava (folio 29), el ortodoncista Osorio ratifica la necesidad de practicarle los procedimientos ortodóntico quirúrgicos solicitados en la acción de tutela, como tratamiento adecuado con el fin de restablecer su función masticadora.

Con base en estas situaciones, probadas en el expediente, esta Sala concluye, entonces, que la peticionaria no tuvo opción diferente a la de acudir, en consulta particular, ante un ortodoncista para recibir la atención, valoración y tratamiento de su mala oclusión dental. De esta manera, exigirle que la orden en la que se incluyen los servicios médicos que reclama sea expedida por un médico especialista tratante que no existe, es anular de plano su derecho, colocándola en estado de total indefensión.

Por tal motivo, sumado a la ausencia de cualquier interés privado involucrado en su trámite, se acogerá el concepto médico particular del ortodoncista Osorio, emitido con ocasión de solicitud formal que le fuera formulada en tal sentido por el Aquo, siguiendo lo sugerido en el informe técnico médico legal en mención. Este suple, dentro del núcleo fáctico descrito, la prescripción del médico tratante que exige la jurisprudencia citada, para que el juez Constitucional ordene el cubrimiento de servicios médicos no incluidos en el POS.

Finalmente, respecto al cuarto y último requisito enunciado se deben tomar en consideración las manifestaciones realizadas por la señora Pava Camargo en cuanto a que su empleo como trabajadora del hogar, por días, no le permite percibir los ingresos monetarios necesarios para la manutención de su núcleo familiar, menos aún para asumir, directa y personalmente, el costo del tratamiento dental que requiere su hija, al extremo de estar dependiendo en la actualidad de las ayudas financieras que voluntariamente le brindan su madre y su hija mayor.

En este sentido, es menester recordar que, conforme lo ha establecido esta Corte, cuando la demandante 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 prueba, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la cual no fue desvirtuada en el trámite de este recurso. Por ende, esta Sala de Revisión asume que, en efecto, la señora Pava Mayorca no tiene los recursos necesarios para cancelar, por sí misma, el valor de aquél, tal como se ha reiterado y procedido en situaciones similares¹³:

“(...) la prueba de la incapacidad no es taxativa y puede darse bajo la modalidad de declaración indefinida, pues de lo contrario tal prueba podría convertirse en muchos casos, en una resurrección de la prueba diabólica, negándole así el acceso a los interesados.”¹⁴

Asimismo es procedente reiterar que, dentro de la línea jurisprudencial trazada por esta Corporación sobre el tema de la ausencia de capacidad de pago en materia de salud, se ha establecido que la carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la

E.P.S. demandada, cuando en el proceso solamente obra como prueba que la soporte, la afirmación formulada en ese sentido por el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos¹⁵. Lo anterior, se sustenta en que tales empresas tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, que les otorga aptitud plena para controvertir fundadamente las aseveraciones referentes a la incapacidad económica de sus cotizantes, de manera que su pasividad e inactividad frente a ellas conlleva a que judicialmente sean tenidas como prueba suficiente¹⁶.

Así las cosas, a continuación, esta Sala revocará la sentencia dictada por Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Neiva, en segunda instancia, dentro del trámite de la acción de tutela iniciada por Mireya Sterling Pava contra Salud Total E.P.S., y en su lugar, confirmará el fallo emitido por el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Neiva, en primera instancia, dentro del mismo proceso.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Neiva, en febrero diez (10) de dos mil seis (2006) día, dentro del trámite

de la acción de tutela iniciada por señora María Nubia Pava Mayorca, actuando en nombre y representación de su hija Mireya Sterling Pava, menor de edad. En su lugar, CONFIRMAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo (2) Penal Municipal de Neiva, en diciembre veintiuno (21) de dos mil cinco (2005), dentro del trámite del mismo proceso judicial, reiterando la advertencia realizada a la E.P.S. SANITAS sobre la posibilidad que tiene de repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, respecto a los gastos en que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este proveído, siempre que no esté cubierto por el Plan Obligatorio de Salud.

Segundo. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver, entre otras, las sentencias T-377 y T-084 de 2005, T- 1227, 926, T-062, T-232, 359 de 2004, M.P Alvaro Tafur Galvis y T-190,T-274, T-706 de 2004, M.P Jaime Araujo Rentería.

2 Ver, sentencia T- 949 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 Ver, sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada posteriormente en la sentencia T-722 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Ver, entre otras, las sentencias T- 978, T-1037, T- 1266, T-1237, T-1277, T-1310 de 2001.

5 Sentencia T-941/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

6 Sentencia T-556 de 1998.M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

7 Cfr. las sentencias T-514, T-556 de 1998 y T-610 de 2000 entre otras..

8 Sentencia T-556 de 1998, reiterada en las sentencias T-722 de 2001 y T-1018 de 2002.

9 Sentencia T-119/00 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

10 Sentencia T-119/00 M.P. José Gregorio Hernández

11 Ver, sentencia T-1204/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

13 Ver, sentencia T-946/05, M.P. Jaime Araújo Rentería.

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

15 Ver, entre otras, las sentencias T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-906 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-861 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-699 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-447 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-279 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-113 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería

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