

ACCION DE TUTELA CONTRA ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Suministro tratamientos médicos excluidos del POS-S

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Protección reforzada

DERECHO A LA SALUD-Carácter prestacional

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo en relación con contenido esencial del derecho/DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo cuando se está frente a sujetos de especial protección

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Protección constitucional

LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MENOR-Cualquier persona está legitimada para solicitar amparo constitucional de sus derechos fundamentales

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Suministro de tratamientos médicos excluidos del POS y del POS-S

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Debe prestar atención médica y repetir contra el FOSYGA

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Formas de protección de derechos fundamentales cuando es necesario suministro tratamiento no POS-S

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Debe suministrar tratamiento no POS-S si paciente es sujeto de especial protección/ENTIDADES TERRITORIALES EN REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Suministro tratamiento no POS-S depende de nivel de urgencia

Los tratamientos excluidos del POS-S, deben ser asumidos por la A.R.S respectiva, si es que el paciente es un sujeto de especial protección constitucional y sus derechos fundamentales se vulneran por la renuencia de su práctica. Y, en otros casos deben ser asumidos por las entidades territoriales si es que la prestación reviste especial urgencia. Es claro para la Corte que la obligación contractual que vincula a las A.R.S con el sujeto de especial protección constitucional, no se agota en las estipulaciones de lo pactado. Esto por cuanto la obligación constitucional de brindar efectiva protección a estos sujetos, hace que la exclusión de un tratamiento del plan obligatorio no resulte una razón suficiente para negar su reconocimiento. Si bien es cierto que su práctica está en principio autorizada por su estipulación en el contrato, no lo es menos que, si éste se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten guardar el equilibrio contractual de tal manera que si el servicio se presta, las A.R.S pueden acudir al recobro frente al Estado por el monto de su costo.

ENTIDADES TERRITORIALES EN REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Deber de acompañamiento

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Trámite administrativo no es excusa para suministrar atención a sujeto de especial protección

Las A.R.S no tienen la responsabilidad de realizar o financiar servicios excluidos de POS-S. Frente a esto, la Corte ha establecido que tratándose de sujetos de especial protección, que requieren los mencionados servicios excluidos, las A.R.S deben inaplicar estas normas, pues su aplicación implicaría para este tipo de pacientes, someterse a los trámites administrativos que sugieren la espera en la prestación efectiva del servicio. Por ello las líneas jurisprudenciales de esta Corporación, dan preponderancia a la eficacia en el acceso a los servicios de salud, antes que al manejo de las distintas alternativas administrativas que proponen las normas en mención, por parte del paciente. Además, es de anotar que el artículo 4º del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS, prescribe únicamente el carácter prioritario con que deben ser atendidos los beneficiarios del régimen subsidiado, cuando requieran servicios excluidos del POS-S, por las instituciones de salud de la entidad territorial. De lo cual no resulta la garantía inmediata en la prestación del mismo, que es precisamente lo que busca proteger el juez constitucional. De ahí, que la satisfacción del servicio por medio del acceso a recursos como los del subsidio a la oferta, se establezca en cabeza de las entidades, a través de la posibilidad del recobro, y no en cabeza del paciente cuya protección reforzada impone la garantía inmediata y efectiva de servicio.

ENTIDADES TERRITORIALES EN REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Debe garantizar acceso efectivo a servicio de salud requerido y velar por adecuada prestación

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de tratamiento médico

Referencia: expediente T-1322389

Acción de tutela instaurada por GERMÁN BONILLA GUARNIZO (Personero del Municipio de Valle de San Jun Tolima) en representación de la menor KIMBERLI LUNA contra la A.R.S SOLSALUD

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA.

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela dictado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué, del 10 de febrero de 2006, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Hechos

1. La menor KIMBERLI LUNA SUSUNAGA, de 7 años de edad, se encuentra afiliada a SOLSALUD en el Sistema General de Seguridad Social-Régimen Subsidiado (Cuad. 2 Fl. 48), y en el 2002, a raíz de constantes quebrantos de salud, fue remitida del Hospital local de Valle de San Juan -Tolima - al Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué.

1. Después de numerosos exámenes médicos, realizados entre el año 2002 y el año 2005, se le diagnosticó COAGULOPATÍA EN ESTUDIO y SÍNDROME PURPÚRICO EN ESTUDIO. (Cuad 2. Fl. 37)

1. La madre de la menor ha venido sufragando los exámenes y suministro de medicinas hasta el 2005, pero en diciembre del mismo año fueron ordenados otros exámenes (Cuad 2 Fl. 43), que no han podido realizarse por cuanto la mencionada no cuenta con los recursos para ello. Además, por la gravedad de la enfermedad que padece la menor, este tipo de valoraciones son necesarias constantemente.

1. Teniendo en cuenta la gravedad de la enfermedad diagnosticada a la menor, el personero

del municipio del Valle de San Juan - Tolima, interpuso acción de tutela. En ella solicitó que la A.R.S SOLSALUD asuma el costo del tratamiento que se le adelanta a la menor KIMBERLI, incluyendo medicamentos y exámenes; con base en que la familia carece de los medios económicos para seguir asumiendo los costos del tratamiento.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. Copia del Carnet de afiliación de la menor KIMBERLI LUNA SUSUNAGA a SOLSALUD en el Sistema General de Seguridad Social - Régimen Subsidiado (Cuad. 2 Fl. 48)

1. Copia de los exámenes ordenados a la menor, y de los resultados y recibos de cancelación de los mismos. (Cuad. 2 Fls. 6 y 43)

1. Escrito de la demanda de tutela instaurada por el señor Germán Guarnizo Bonilla, Personero del municipio del Valle de San Juan - Tolima, en representación de la menor KIMBERLI LUNA SUSUNAGA. (Cuad 2. Fls. 2 A 5)

1. Escrito de respuesta de SOLSALUD a la tutela de la referencia (Cuad. 2. Fls. 55 a 59)

1. Fallo de tutela, del 10 de febrero de 2006, dictado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué. (Cuad 2. Fls. 65 y 66)

Decisiones judiciales objeto de revisión.

Primera y única instancia

El Personero del municipio del Valle de San Juan - Tolima, quien actúa en representación de la menor KIMBERLI LUNA SUSUNAGA, justifica la acción de tutela en que la madre de la menor ha venido asumiendo los costos del seguimiento médico realizado a su hija, y ya no cuenta con más recursos para hacerse cargo del tratamiento, y demás requerimientos necesarios para el cuidado de su salud.

SOLSALUD a su turno, alega que de conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS (Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud), para los beneficiarios del Régimen Subsidiado, los servicios excluidos del POS-S deben ser asumidos por las instituciones públicas o privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de estos servicios. Por ello concluye que es la Entidad Territorial respectiva la que, por medio de las mencionadas instituciones, debe satisfacer los requerimientos del tratamiento de la menor en cuestión.

El juez de tutela denegó el amparo, en tanto consideró que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional, para ordenar el reconocimiento de procedimientos, medicamentos o tratamientos excluidos de los planes obligatorios de salud. En especial, determinó que en el caso sub judice “el tratamiento no fue ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio y tampoco existe prueba de la incapacidad económica de los padres de la menor quienes inicialmente pagaron los exámenes que requirió para el momento su hija (...)"

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1. 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.

Planteamiento del caso concreto y presentación del problema jurídico.

2.- La menor KIMBERLI LUNA SUSUNAGA, de 7 años de edad, es beneficiaria de SOLSALUD en el Sistema General de Seguridad Social-Régimen Subsidiado, y padece de COAGULOPATÍA EN ESTUDIO y SÍNDROME PURPÚRICO EN ESTUDIO. Desde el 2002, ha requerido múltiples exámenes y valoraciones médicas, cuyo costo ha sido sufragado por su familia. Como quiera que su patología requiere valoraciones y tratamiento contante, en diciembre de 2005 le fueron ordenados otros exámenes, los cuales no se realizaron por cuanto su familia no contaba con los recursos para cancelarlos. Para solicitar el reconocimiento integral del tratamiento en mención, el Personero Distrital del Valle de San Juan Tolima, en representación de la menor, interpone acción de tutela contra SOLSALUD A.R.S.

SOLSALUD responde que de conformidad con el artículo 4º del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS, los servicios excluidos del POS-S deben ser reconocidos por la Entidad Territorial respectiva, mediante las instituciones con las que el Estado ha contratado la prestación del servicio. El juez de tutela de única instancia consideró que tutela era improcedente, por cuanto los exámenes ordenados a la menor no fueron prescritos por un médico adscrito a SOLSALUD, ni se demostró la incapacidad económica de la familia para cancelarlos.

Problema Jurídico

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Derecho a la salud como derecho fundamental. Protección reforzada de los menores de edad en la prestación del servicio. Obligación de prestación del servicio, cuando el tratamiento está excluido del POS-S y del POS. Reiteración de Jurisprudencia.

Derecho fundamental a la salud.

4.- La Corte ha sostenido que el artículo 49 de la Constitución Política, establece que la salud es, en favor de todos los habitantes del territorio Nacional, tanto un derecho como un servicio público¹. Por ello, surge la obligación del Estado de organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad².

Con todo, se ha explicado por parte de este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda solicitar prima facie por vía de tutela. Su carácter de derecho prestacional obliga al Estado a racionalizar, por un lado la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. En este escenario, por otro lado debe igualmente por ello racionalizar su prestación satisfactoria a cargo del Estado sólo en casos en que su falta de reconocimiento (i) afecte directamente y de manera conexa los derechos fundamentales de la persona, (ii) se pregone de un sujeto de especial protección

constitucional y/o (iii) no de cuenta de su contenido esencial para satisfacer la carga mínima que implica garantizar tanto la dignidad de las personas como sus necesidades básicas en salud.

Que el derecho a la salud resulte fundamental por conexidad, significa que otros derechos que la misma Constitución ha definido como fundamentales, resultarían vulnerados si no fuera garantizada la prestación del servicio de salud en forma inmediata.³

Además, el derecho a la salud puede adquirir lo que la Corte Constitucional ha denominado, carácter de derecho fundamental autónomo.⁴ Esto, en atención a que la Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional, y frente a ellos la protección del derecho a la salud es reforzada debido al grado de vulnerabilidad que en ocasiones deben afrontar. Por ejemplo, la población infantil, las personas con discapacidad y los adultos mayores, entre otros.

También, la Corte ha considerado que existe un derecho fundamental autónomo a la salud, como derecho constitucional que funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y que se traduce en un derecho subjetivo⁵, sin necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, lo cual ha dejado atrás erróneas concepciones que sostienen una de naturaleza entre distintos derechos de los cuales son titulares los seres humanos. Debe afirmarse que esta distinción no deja de ser artificial en muchos sentidos, y desconoce pronunciamientos en el seno de la comunidad internacional en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes⁶.

En efecto la Corte ha señalado que, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el

disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo⁷". De ahí, que la naturaleza de derecho fundamental autónomo como garante de la dignidad de las personas, se enmarque dentro de las prestaciones en salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio del Salud Subsidiado y de las derivadas de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Protección reforzada de la prestación del servicio de salud a los menores de edad.

5.- El Constituyente de 1991, estableció diversas normas constitucionales cuyo principal objetivo es proteger en la mayor medida posible a los menores de edad, así:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el párrafo segundo del artículo 44 se establece que tanto la familia como la sociedad y el Estado están obligados a velar por la asistencia y protección de los niños así como a garantizar <su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos> y se determina que cualquier persona está facultada para exigir el cumplimiento de tales derechos por parte de la autoridad competente y para solicitar la sanción de los infractores. El párrafo tercero del artículo 44 agrega que <los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás>.

(...)

En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños gozan también de una muy amplia protección. En la línea de lo dispuesto por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 cuyo principio 2º establece que <[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad>, tanto el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos¹⁰, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales - aprobados ambos por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 -, incluyen disposiciones dedicadas de manera expresa a los derechos de los niños.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, también indica que los niños tienen derechos de protección específicos¹¹. Particular relevancia tiene, entretanto, la Convención sobre los Derechos del Niño. La importancia de esta Convención no solo se deduce de la cantidad de países que la han ratificado¹² sino del alcance e importancia de los preceptos en ella establecidos con miras a proteger y a asegurar los derechos de los menores. Es factible afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye <toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales>¹³.” [T-307 de 2006]

La jurisprudencia de la constitucional ha sintetizado la aplicación del criterio anterior, en el ordenamiento constitucional vigente, de la siguiente manera:

“<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.>14

<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.>15" 16 [T-659 de 2003]

De igual manera, se ha establecido que "el derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente17".[T-540 de 2002]

De lo anterior, se deriva que el derecho a la salud de los menores de edad goza de especial preponderancia en nuestro sistema jurídico. De ahí, que la Corte haya sostenido que "la salud de los niños tiene connotación de fundamental derivada no de su conexidad con otro derecho fundamental, sino de la aplicación directa de la Constitución que lo consagra como tal."18

6.- Cabe recordar también, que para la defensa efectiva de los derechos fundamentales de

los menores por medio de la acción de tutela, la Corte ha dicho que todo ciudadano está legitimado para interponer en su favor la mencionada acción judicial. Al respecto se dijo en sentencia T-758 de 2005: “[I]a Corte debe reiterar que tratándose de menores de edad, cualquier persona está legitimada para incoar el amparo constitucional de sus derechos fundamentales”.¹⁹

Obligación de prestar el servicio de salud, cuando el tratamiento está excluido del POS-S y del POS.

7.- En numerosas sentencias la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho a la salud, rebasa las divisiones formales que prescriben la exclusión de algunos tratamientos y medicamentos de los planes obligatorios de salud, cuando esto es el fundamento para su no reconocimiento, y de ello se derive que: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.²⁰” [T-1022 de 2005]. El anterior criterio ha sido utilizado por esta Corporación indistintamente, se trate del régimen contributivo²¹ o del régimen subsidiado²².

Así, en el caso de los medicamentos excluidos de los planes obligatorios de salud, tanto las E.P.S como las A.R.S, en las condiciones de vulneración de los derechos fundamentales que se han descrito, tienen el deber de suministrarlos, y el derecho de repetir contra el Estado por el monto de éstos, correspondiente a lo que según las normas, se haya excluido de su obligación. Numerosas sentencias en el anterior sentido²³, así como también la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud (Resolución 5061 de 1997 del

Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social), han establecido entonces que tanto en las EPS como en las ARS, existirá un Comité Técnico Científico (artículo 1º de la Resolución), que tendrá, entre otras funciones, autorizar el suministro de “los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales” (artículo 4º de la Resolución).²⁴

También, en el caso específico del régimen subsidiado la Corte ha sostenido “que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado de salud requiere que se le suministre un medicamento, la entidad encargada de prestarle el servicio de salud deberá entregarlo, así no se encuentre dentro de los medicamentos contemplados dentro del P.O.S.S., cuando el médico tratante así lo ha ordenado y éste es necesario para proteger su vida. (...) [L]a Corte también tuvo en cuenta que el entonces Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) reiteró esta obligación de las ARS mediante la Resolución 3384 de 2000, la cual establece: “Artículo 4º— Responsabilidad de las ARS en el régimen subsidiado frente a los medicamentos NO-POSS incluidos en las normas técnicas y guías de atención. Para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, las ARS deberán garantizar el acceso a medicamentos no incluidos en el manual de medicamentos adoptado a través del Acuerdo 83, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 110 del CNSSS.”²⁵

8.- En el caso de los tratamientos excluidos de los planes obligatorios de salud, las soluciones brindadas por la jurisprudencia constitucional, varían según se trate del régimen contributivo o del subsidiado. Para el régimen contributivo, la obligación de las E.P.S es reconocer el tratamiento cuya omisión vulnera los derechos fundamentales del paciente, junto a lo que le asiste el derecho de repetir contra el Estado.

Para el régimen subsidiado, en cambio, la Corte Constitucional ha considerado que el reconocimiento del tratamiento excluido del plan cuya falta en la prestación derive en la vulneración de los derechos constitucionales del paciente, puede corresponder a las A.R.S²⁶, con derecho a recobro, o a las entidades territoriales²⁷.

Sobre estas posibilidades dijo la Corte en sentencia T-632 de 2002, que "...según la jurisprudencia de esta Corporación, frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos al no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o ii) mediante la orden a la ARS de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con fondos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto."

La diferencia entre una y otra opción depende de los supuestos de cada caso específico, según el paciente y el tratamiento que éste requiera. De este modo, se puede decir que en los casos en que la A.R.S es la obligada a reconocer el tratamiento, esto se debe a que "se trata de un menor o de un sujeto de especial protección constitucional"²⁸. Y, en aquellos casos en los que son las entidades territoriales, a través de las instituciones con las que el Estado ha contratado la prestación del servicio de salud, las obligadas a reconocer el tratamiento, se da en razón a que "se trata de una situación especialmente urgente, [y] la persona tiene derecho a ser atendida de manera prioritaria y a que se le practique el tratamiento a la mayor brevedad posible"²⁹, por lo que la prestación corresponde en principio al Estado.

Además de que, “[d]e acuerdo a las normas reglamentarias del Sistema corresponde al Estado cumplir el deber de garantizar el acceso a los servicios no incluidos en el POS-S por intermedio de las entidades territoriales. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso al respecto: ‘Artículo 42.— Mecanismos de coordinación para prestación de servicios no POSS. Con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud en lo concerniente a los servicios no cubiertos por el régimen subsidiado, las ARS en coordinación con las entidades territoriales, desarrollarán mecanismos que procuren la eficiente prestación de dichos servicios y para ello se podrán celebrar convenios. En todo caso la responsabilidad por la prestación de estos servicios de manera oportuna, estará a cargo de la entidad territorial respectiva, para lo cual contará con la información adecuada y oportuna que deberá suministrar la administradora de régimen subsidiado, así como el correspondiente seguimiento de la atención del afiliado.’ Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS (por medio del cual se definen la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones).”³¹

9.- Para los supuestos de caso bajo estudio, cabe concluir entonces, que los tratamientos excluidos del POS-S, deben ser asumidos por la A.R.S respectiva, si es que el paciente es un sujeto de especial protección constitucional y sus derechos fundamentales se vulneran por la renuencia de su práctica. Y, en otros casos deben ser asumidos por las entidades territoriales si es que la prestación reviste especial urgencia.

En el primer caso, es claro para la Corte que la obligación contractual que vincula a las A.R.S con el sujeto de especial protección constitucional, no se agota en las estipulaciones de lo pactado. Esto por cuanto la obligación constitucional de brindar efectiva protección a estos sujetos, hace que la exclusión de un tratamiento del plan obligatorio no resulte una razón suficiente para negar su reconocimiento. Si bien es cierto que su práctica está en principio autorizada por su estipulación en el contrato, no lo es menos que, si éste se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten guardar el equilibrio contractual de tal manera que si el servicio se presta, las A.R.S pueden acudir al recobro frente al Estado por el monto de su costo.

Para el segundo caso ha dicho la Corte que “las obligaciones de las entidades territoriales en materia de servicios de salud no contemplados por los planes obligatorios, que dependen del nivel de complejidad del tratamiento que se requiera,³² no se agotan en garantizar que existan instituciones prestadoras del servicio a las cuales los ciudadanos pueden acudir.³³ Deben garantizar, a través de las instituciones prestadoras de salud (IPS) con las que tengan convenio, el acceso efectivo al servicio de salud requerido y velar por su adecuada prestación.”³⁴

Caso concreto.

10.- En el presente caso, la menor KIMBERLI LUNA, quien sufre de COAGULOPATÍA EN ESTUDIO y SÍNDROME PURPÚRICO EN ESTUDIO, ha sido diagnosticada en el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, por el seguimiento y práctica de exámenes médicos, que han sido costeados por la familia de la menor. Dicho diagnóstico, correspondiente a patologías valoradas por la especialidad de HEMATOLOGÍA PEDIATRICA de la institución mencionada, la cual no se encuentra dentro de las que reconoce el POS-S, según lo estipulado en el artículo 1º del Acuerdo 072 de 1997 del CNSSS.

Ahora bien, luego del diagnóstico en mención, la menor ha requerido más exámenes, seguimiento y tratamiento para hacer frente a su enfermedad, los cuales no han podido realizarse por cuanto su familia no cuenta con los recursos para costearlos.

Configuración de la vulneración de los derechos fundamentales

11.- Sobre lo anterior, encuentra la Corte que se han vulnerado los derechos fundamentales

de la menor a la salud, al acceso al servicio de seguridad social, a la vida, al desarrollo, a la integridad y a la dignidad. Esto, en tanto al tratarse de una menor, y teniendo en cuenta además la gravedad de la enfermedad, la cual le impone restricciones médicas que le impiden desarrollarse adecuadamente y la colocan en una situación constante de riesgo, hacen inaceptable que pese a contar con servicio de salud, no le sea reconocido integralmente el tratamiento.

La Sala encuentra, que si bien la madre de la menor ha venido pagando los exámenes desde el 2002 y hasta el momento del diagnóstico, no puede por ello presumirse que tenga la capacidad económica para suplir el tratamiento que requiere esta patología. En primer lugar, la gravedad de la enfermedad permite concluir que el tratamiento debe ser especializado, y los costos no se pueden asimilar a los de los exámenes que concluyeron con el diagnóstico. En segundo, el hecho que la menor sea beneficiaria del régimen subsidiado, hace presumir por el contrario, que la capacidad económica para asumir el mencionado tratamiento es precaria. Sobre lo último ha dicho la Corte:

“<...> 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.”³⁵

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 los tutelantes (...)"³⁵

En caso bajo análisis, no fue controvertido ni indagado por el juez de tutela la manifestación de la madre de la menor sobre su incapacidad económica para hacerse cargo del tratamiento de su hija, luego se debe presumir que ello es así.

De otro lado, el juez de tutela argumenta que los exámenes requeridos por la menor, no han sido prescritos por el medico tratante, pero lo cierto es que éstos fueron requeridos por los médicos del área de HEMATOLOGÍA PEDIÁTRICA, del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, que es la IPS del nivel II y III del servicio de SOLSALUD del cual es beneficiaria la menor en comento.

12.- Ahora bien, la pregunta que surge luego de verificar la vulneración de los derechos fundamentales de la menor es, a quién corresponde reconocer el tratamiento de manera integral. La Sala de Revisión encuentra que de conformidad con la jurisprudencia arriba citada, es la A.R.S SOLSALUD, la que debe hacerse cargo del tratamiento de KIMBERLI LUNA. Por tratarse de una menor de edad, la obligación es en principio de la entidad de la cual es beneficiaria, la cual a su vez, por tratarse de un tratamiento excluido del POS-S, puede repetir por el monto de los costos contra la entidad territorial, que en este caso Secretaría Distrital de Salud del Tolima.

13.- Con todo, SOLSALUD argumenta que de conformidad con el artículo 4° del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS, los servicios excluidos del POS-S deben ser reconocidos por la Entidad Territorial respectiva, mediante las instituciones con las que el Estado ha contratado la prestación del servicio. De igual manera, según los artículos 3°, 4°, 5° y 8° de la Resolución 3384 de 200036, las A.R.S no tienen la responsabilidad de realizar o financiar servicios excluidos de POS-S. Frente a esto, la Corte ha establecido que tratándose de sujetos de especial protección, que requieren los mencionados servicios excluidos, las A.R.S deben inaplicar estas normas, pues su aplicación implicaría para este tipo de pacientes, someterse

a los trámites administrativos que sugieren la espera en la prestación efectiva del servicio. Por ello las líneas jurisprudenciales citadas más arriba, dan preponderancia a la eficacia en el acceso a los servicios de salud, antes que al manejo de las distintas alternativas administrativas que proponen las normas en mención, por parte del paciente.

Además, es de anotar que el artículo 4º del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS, prescribe únicamente el carácter prioritario con que deben ser atendidos los beneficiarios del régimen subsidiado, cuando requieran servicios excluidos del POS-S, por las instituciones de salud de la entidad territorial. De lo cual no resulta la garantía inmediata en la prestación del mismo, que es precisamente lo que busca proteger el juez constitucional. De ahí, que la satisfacción del servicio por medio del acceso a recursos como los del subsidio a la oferta, se establezca en cabeza de las entidades, a través de la posibilidad del recobro, y no en cabeza del paciente cuya protección reforzada impone la garantía inmediata y efectiva de servicio.

Por ello, como se ha dicho, la Corte ordenará a SOLSALUD, que preste los servicios necesarios derivados de la patología de la menor KIMBERLI LUNA, con la posibilidad del recobro contra la entidad territorial.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, por la razones expuestas el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué, del 10 de febrero de 2006. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al desarrollo, a la integridad y a la dignidad de la menor KIMBERLI LUNA SUSUNAGA.

SEGUNDO.- ORDENAR a la ARS SOLSALUD que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, autorice la práctica de los exámenes prescritos por el médico tratante, y asuma el seguimiento y tratamiento integral de la patología denominada COAGULOPATÍA EN ESTUDIO y SÍNDROME PURPÚRICO EN ESTUDIO de la menor KIMBERLI LUNA SUSUNAGA. SEÑALAR que a la ARS SOLSALUD, le asiste el derecho de reclamar a la Secretaría Distrital de Salud del Tolima los gastos asumidos por la práctica de los exámenes y demás requerimientos necesarios para el tratamiento de la patología en mención. Igualmente, deberá garantizar que en lo sucesivo continuará prestando el servicio de atención médica a la menor, a fin de obtener la recuperación de su estado de salud.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

2 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

3 En el caso específico de la salud, ver entre otras la Sentencia T-491 de 1992.

4 Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

5 Sentencia T-697 de 2004.

6 [Cita del aparte transcrto] Cfr. Inter. Alia. Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

7 [Cita del aparte transcrto] Sentencia T-859 de 2003.

8 [Cita del aparte transcrto] Como lo ha señalado la Corte Constitucional. “Si bien el artículo 44 es la principal referencia normativa, no es la única. Por ejemplo, el artículo 50 de la Carta fija una protección especialísima para los niños menores de un año en materia de seguridad social: si no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrán derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Por otra parte, el artículo 67, que regula el derecho a la educación, indica que los menores tienen el derecho y el deber de recibir educación entre los 5 y los 15 años de edad, precisando que ese tiempo comprende un año de preescolar y nueve de educación básica.” Sentencia C-157 de 2002.

9 [Cita del aparte transcrto] Dentro de los derechos mencionados en el artículo 44 se encuentra también “el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella”, así como el derecho de los niños a gozar del cuidado, del amor, de la cultura y de la libre expresión de su opinión. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, los niños “[s]erán 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”.

10 [Cita del aparte transcrto] Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere.”

11 [Cita del aparte transcrto] El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

12 [Cita del aparte transcrto] Ha sido ratificada por 191 países. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991.

13 [Cita del aparte transcrto] De la lectura de la Convención sobre los Derechos de los Niños resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños sin distinción, tanto a los niños que habitan países subdesarrollados, como a aquellos que proceden de países desarrollados; (iii) los derechos de los niños se aplican por igual a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como conditio sine qua non para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores¹³. La Convención destaca, de manera especial, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y subraya, así mismo, el deber que le corresponde a los Estados de prestar apoyo a los padres así como la obligación de velar por el bienestar de los menores cuando por alguna razón sus familiares no están en condiciones de asumir por sí mismos tal tarea. De este modo, el Estado debe proporcionar asistencia material y diseñar programas de apoyo a la familia; (vii) los Estados están también obligados a evitar que los niños sean separados de su familia, a no ser que la separación se realice con miras a proteger los intereses superiores del menor. (viii) son cuatro los principios rectores de la Convención: (a) el principio de no discriminación (artículo 2º)¹³; (b) el principio del interés

superior del niño (artículo 3º)13; (c) el principio de la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)13; el principio de participación (artículo 12)13; (viii) los Estados deben armonizar lo dispuesto en las legislación interna con los preceptos que se derivan de la Convención excepto en aquellos casos en que la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico interno sea mayor; (ix) los países miembros se obligan a producir informes periódicos sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño se encargará de verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención. Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

14 [Cita del aparte transcripto] Ver sentencia T-640 de 1997 y T-1346 de 2000

15 [Cita del aparte transcripto] Ver sentencias T-556 de 1998 y T-514 de 1998.

16 [Cita del aparte transcripto] Ver sentencia T-610 de 2000.

17 [Cita del aparte transcripto] Sentencias SU-819 de 1999 y T001 de 2000, entre otras.

18 T-659/03

19 En el mismo sentido, en Sentencia T-143 de 1999 se dijo: "La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia".

20 [Cita del aparte transcrto] Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000, en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.” Esta decisión, defendida por la jurisprudencia constitucional desde su inicio [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992 y T-548 de 1992], sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-631, T-628 y T-691 de 1998 y SU-819 de 1999].

21 En la T-1022 de 2005 se citan los siguientes ejemplos, en casos del régimen contributivo: sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016, T-024 y T-086 de 2005.

22 En la T-1022 de 2005 se citan los siguientes ejemplos, en casos del régimen subsidiado: sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

23 En la T-1022 de 2005, se citan por ejemplo: T-1181 de 2001; T-992 de 2002; T-599 y T-883 de 2003; T-494 y T-977 de 2004; T-086 de 2005.

24 Ibídem

25 Ibídem. [Énfasis dentro del texto]

26 Ver por ejemplo T-480 de 2002; citada en la T-1022 de 2005

27 Ver por ejemplo T-452 de 2001; citada en la T-1022 de 2005

28 T-1022 de 2005.

29 T-1022 de 2005 y T-524 de 2001.

30 T-053 de 2002. Cr también las sentencias T-341 de 2002 y T-984 de 2003.

31 T-1022 de 2005

32 [Cita del aparte transcrto] Las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud así lo contemplan (Ley 100 de 1993; Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud —hoy de la Protección Social—), tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en varias sentencias, entre ellas T-1096 de 2002, T-764 de 2004, T-111 de 2005. De acuerdo con el quinto inciso del artículo 174 de la Ley 100 de 1993 “[I]a oferta pública de servicios de salud, organizada por niveles de complejidad y por niveles territoriales, contribuye a la realización de los propósitos del sistema general de seguridad social en salud, a su organización y a su adecuado funcionamiento.” Esta posición fue reiterada por el legislador en la Ley 715 de 2001 al ordenar: “Artículo 54.— Organización y consolidación de redes. El servicio de salud a nivel territorial deberá prestarse mediante la integración de redes que permitan la articulación de las unidades prestadoras de servicios de salud, la utilización adecuada de la oferta en salud y la racionalización del costo de las atenciones en beneficio de la población, así como la optimización de la infraestructura que la soporta. || La red de servicios de salud se organizará por grados de complejidad relacionados entre sí mediante un sistema de referencia y contrarreferencia que provea las normas técnicas y administrativas con el fin de prestar al usuario servicios de salud acordes con sus necesidades, atendiendo los requerimientos de eficiencia y oportunidad, de acuerdo con la reglamentación que para tales efectos expida el Ministerio de Salud.

33 [Cita del aparte transcrto] En la sentencia T-729 de 2001, en un caso en el que se ordenó a una entidad prestadora del servicio de salud que informara al actor de las posibilidades que para la atención de su salud se derivan del régimen contemplado en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, también se ordenó al Instituto Departamental de Salud de Nariño que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la sentencia, informara al señor EFREN DE JESÚS ZAMBRANO DE LA CRUZ qué entidades públicas o privadas de la ciudad de Pasto, que tengan contrato con el Estado estaban en capacidad de practicar el examen de TAC CRANEAL SIMPLE Y CONTRASTADO. De forma similar en la sentencia T-524/01 se ordenó a la Secretaría de Salud Pública de Tunja que informara al

señor Florentino Monroy Guerrero, cuáles son las entidades públicas o privadas de la ciudad de Tunja que tienen contrato con el Estado y que estén en capacidad de practicarle el examen médico requerido.

34 T-1022 de 2005

35 T-1063 de 2005. Ver también las sentencias T-113 de 2002, T-1019 de 2002, y T-683 de 2003, entre otras.

36 Expedida por el Ministerio de Protección Social.