

Sentencia T-564/07

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente

REGIMEN CONTRIBUTIVO-Función básica de las entidades promotoras de salud

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Quimioterapia para el tratamiento del vitíligo se encuentra incluido en el POS/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Autorización de la EPS para practicar la quimioterapia para el tratamiento del vitíligo

No cabe duda que el citado procedimiento médico denominado “Quimiofototerapia” para el tratamiento del “vitíligo” está incluido en el POS, porque así lo contempla expresamente el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del POS en el SGSSS. Por ende, si el procedimiento médico mencionado, ordenado a la menor está incluido en la resolución 5261 de 1994, no se entiende por que éste es negado bajo el argumento de no encontrarse en el POS. Así entonces, es la EPS la obligada a garantizar su práctica con la expedición de la respectiva autorización, ya que, como Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo le corresponde garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en la respectiva reglamentación, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados, más aún tratándose de menores de edad.

Referencia: expediente T-1580228

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil siete (2007).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Cincuenta y Ocho (58) Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Claudia Martina Moreno en

representación de su hija menor Maria Veloza Moreno contra la EPS CRUZ BLANCA Seccional Bogotá.

I. ANTECEDENTES

La señora Claudia Martina Moreno interpuso acción de tutela contra la EPS CRUZ BLANCA Seccional Bogotá, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y de los niños de su hija Maria Veloza Moreno. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

Manifiesta que a su hija de 8 años de edad le fue diagnosticada una enfermedad en la piel “consistente en Vitíligo que le deteriora gravemente su calidad de vida”.

a. Señala que su hija se encuentra afiliada en la EPS accionada en calidad de beneficiaria.

a. Sostiene que fue remitida junto a su hija al servicio de fototerapia UVB de banda ancha “Quimiofototerapia tratamiento para la psoriasis, vitíligo y linfomas”. Asegura que en la primera etapa fueron autorizadas 72 sesiones y la EPS CRUZ BLANCA brindo el servicio.

a. Declara que mediante oficio de 3 de enero de 2007 la EPS accionada negó “otras 10 terapias recomendadas por el medico, con el argumento de que esta enfermedad no esta contemplada por el POS”.

a. Alega que la negativa de la EPS accionada de autorizar las mencionadas sesiones, “pone en grave riesgo la calidad de vida de mi hija pues los quebranto (sic) de salud se empiezan a presentar inmediatamente se suspende el tratamiento”.

Por todo lo anterior, solicita que se ordene a la EPS CRUZ BLANCA Seccional Bogotá “autorizar el servicio de Quimiofototerapia ordenado por el médico. Respetuosamente le pido Sr. Juez se garantice en adelante la prestación de dicho servicio a mi hija pues de ello depende su calidad de vida, teniendo en cuenta su corta edad”.

2. Respuesta del ente demandado

1. Respuesta de la EPS Cruz Blanca

Fernanda Liliana Coca Medina, actuando en calidad de Apoderada Judicial de Cruz Blanca EPS, solicita que se deniegue la presente acción de tutela. Manifiesta que María Veloza se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a través de la EPS Cruz Blanca, en calidad de beneficiaria, desde el 31 de marzo de 2000.

Así mismo, afirma que a la menor le fue diagnosticado Vitíligo, motivo por el cual le fue ordenado el servicio de “Quimiofototerapia UVB”. Asegura que el mencionado servicio médico no puede ser autorizado por la EPS “toda vez que no se encuentra contemplado dentro de los beneficios del POS”.

Sostiene que en atención a que el referido servicio no se encuentra incluido dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud POS, “corresponderá al núcleo familiar de la paciente sufragar directamente su costo, y en caso de que no cuenten con los recursos económicos para el efecto, podrán acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderla de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes (Artículo 28 Decreto 806 de 1998).

2. Respuesta del Ministerio de la Protección Social

Nelly Patricia Ramos Hernández, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, actuando como representante del Ministerio ante las autoridades judiciales y administrativas, manifiesta que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 literal a), 87 y 117 de la Resolución No 5261 de 1994, “la QUIMIOTERAPIA Y RADIOTERAPIA están contempladas dentro de los procedimientos POS”.

Sostiene que pese a que el procedimiento solicitado se encuentra incluido en el POS, “para procedimientos quirúrgicos por diagnóstico de cáncer, se requiere haber cotizado 26 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud; lo mismo para tratamiento de quimioterapia o radioterapia y para exámenes no hay lugar a periodos de carencia, por lo que se deben suministrar por la EPS”, según el literal h del artículo 14 de la ley 1122 de 2007.

Estima que la menor tendrá derecho al tratamiento integral mencionado, por parte de la EPS accionada, “siempre y cuando tenga las semanas aludidas, lo cual incluye toda intervención, procedimiento, actividad quirúrgica y medicamentos que se encuentran incluidos en los listados POS”.

Finalmente, solicita que se exonere al Ministerio de la Protección Social, toda vez que “1) corresponde a la EPS garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud POS, 2) y a la entidad territorial competente garantizar la atención en salud en lo cubierto en el Régimen Contributivo (Períodos de cotización que le faltan al accionante), ya que dentro de la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es ésta quien debe atender al afiliado, en estas situaciones, a través de las IPS públicas o las privadas contratadas para el efecto, cobrando una cuota de recuperación de acuerdo a la reglamentación expedida (artículo 18 Decreto 2357 de 1995)”.

3. Pruebas

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

* Fotocopia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos emitido por la EPS CRUZ BLANCA, el 3 de enero de 2007, en el que se contempla que no se autoriza el servicio denominado “FOTOTERAPIA UVB DE BANDA ESTRECHA” por no encontrarse incluido en el POS, no se indican alternativas para que el usuario acceda al servicio en salud solicitado, semanas cotizadas por el usuario al SGSSS 304 (folio 1 cuaderno de primera instancia).

* Fotocopia de la Autorización de Servicios No 6563976 proferido por la EPS CRUZ BLANCA mediante la cual se autoriza a favor de la menor María Veloza Moreno, beneficiaria, de 8 años de edad, el procedimiento denominado Quimiofototerapia (Tratamiento para psoriasis, vitíligo y linfomas), sesión, cantidad 10, aprobado el 13 de diciembre de 2006 (folio 2 cuaderno de primera instancia).

* Fotocopia del Registro de Nacimiento de la menor María Fernanda Veloza Moreno, nacida el 26 de mayo de 1998, cuyos padres son Claudia Martina Moreno y Marco Tulio Veloza (folio 3 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia del carné del Sistema General de Seguridad Social en Salud de la menor María Fernanda Veloza Moreno, beneficiaria, fecha de afiliación 1º de abril de 2000 (folio 4 cuaderno de primera instancia).

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Claudia Martina Moreno (folio 5 cuaderno de primera instancia).

II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Del presente asunto conoció el Juzgado Cincuenta y Ocho (58) Civil Municipal de Bogotá, que en providencia de 27 de febrero de 2007 denegó el amparo solicitado, al considerar que, si bien el FOSYGA manifestó que la quimioterapia y la radioterapia se encuentran dentro del POS, no se observa que la Fototerapia se encuentre incluida en el POS, “máxime si se tiene en cuenta que la enfermedad que padece la accionante no se trata de un cáncer, sino de una despigmentación cutánea”.

De igual forma, manifiesta que no se observó en el expediente que la no práctica de la fototerapia amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal de la menor. También se consideró que no se probó la incapacidad económica de la accionante, “pues ninguna manifestación hizo al respecto en la correspondiente acción de tutela, y pese a haber sido requerida por este despacho judicial en el auto admisorio de la demanda con el fin de que hiciese una relación de los bienes que en la actualidad posee la misma guardó silencio”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, en esta ocasión corresponde a la Sala determinar si la decisión de la EPS CRUZ BLANCA Seccional Bogotá de negar la autorización y practica del procedimiento denominado “Quimiofototerapia”, ordenado a la menor Maria Veloza Moreno, bajo el argumento de que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS, vulnera o no sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y de los niños.

Para tal efecto la Sala estudiará (i) el carácter fundamental de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños; (ii) la función básica de las Entidades Promotoras de Salud EPS, en el Régimen Contributivo; y finalmente entrará a resolver el caso concreto.

3. El carácter fundamental de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños

El artículo 44 de la Carta consagra los derechos fundamentales de los niños, entre ellos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. También dispone que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. 1 Por último, señala que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Así pues, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política, lo que implica que, tratándose de menores, no es necesario demostrar su conexidad con otro derecho fundamental².

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la

vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños 3”.

En este mismo sentido, esta Corporación en sentencia T-610 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz, señaló:

“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.” 4

“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”.

Finalmente, en sentencia T-036 de 2006, Jaime Córdoba Triviño, se manifestó que lo pretendido por el artículo 44 de la Constitución Política es “proteger de manera especial y preferente a los niños frente a la posible afectación de sus derechos fundamentales, ello significa que ante situaciones que representen peligro para un menor, el juez constitucional está en la obligación de actuar bajo el postulado de la primacía de sus derechos y en el entendido que para el caso del derecho a la salud este se constituye en fundamental sin necesidad de establecer algún tipo de conexidad. 5”

En suma, los niños en Colombia se encuentran cobijados por un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los derechos de los demás. Por ende, el Estado tiene el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños pues por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política es fundamental y autónomo lo

que significa que no requiere estar en conexidad con otro derecho de rango fundamental para que la tutela proceda. En consecuencia, ante situaciones que representen la vulneración del derecho a la salud de un niño, por ejemplo la negativa a practicar un procedimiento médico por razones económicas, el juez de tutela está en la obligación de protegerlo de forma inmediata, es decir, bajo el postulado de la primacía de los derechos de los niños.

4. La función básica de las Entidades Promotoras de Salud EPS, en el Régimen Contributivo

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen subsidiado en salud⁶.

En consecuencia el SGSSS tiene varios tipos de destinatarios: (i) Las personas afiliadas, como contribuyentes al régimen contributivo y los beneficiarios al régimen subsidiado y (ii) las personas vinculadas o participantes⁷.

En el caso particular del Régimen Contributivo, considerado como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al SGSSS, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador,⁸ y al cual deben afiliarse las personas vinculadas laboralmente, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias⁹, también se debe garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS (Artículo 162 y 177 Ley 100 de 1993)¹⁰, entendido como el “conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS”.¹¹ (Subrayado fuera de texto)

Lo anterior es reiterado en el artículo 8° del Decreto 806 de 1998, al contemplar que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de “calidad, oportunidad y eficiencia, con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

Por otra parte, cuando el afiliado al régimen contributivo requiera servicios adicionales a los incluidos en el POS se ha previsto que debe financiarlos directamente, de lo contrario podrá acudir a las instituciones públicas y aquella privadas con las que el Estado tenga contrato, “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”¹².

En efecto, la atención médica requerida por los afiliados debe ser garantizada por las entidades promotoras de salud EPS ya sea del sector público o privado, pues aquellas tienen como función básica, organizar y asegurar, directa o indirectamente, la prestación del POS¹³, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados.

En suma, en el Régimen Contributivo, las EPS tienen el deber de organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud, pues por regla general, los servicios excluidos de aquél no le son exigibles.

5. Caso Concreto

De acuerdo con los hechos y jurisprudencia reseñados, procede esta Sala a determinar si la EPS Cruz Blanca Seccional Bogotá ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor María Veloza Moreno, al negar la autorización y práctica del procedimiento médico denominado “Quimiofototerapia”, necesario para el manejo de la enfermedad en la piel “Vitíligo” que le fue diagnosticada.

Conforme a lo anterior, se analizará en primer lugar si el citado procedimiento se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS, de no ser así, se examinará si en el presente caso se cumplen los requisitos para proceder a inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud POS.

El Plan Obligatorio de Salud incluye, de conformidad con el numeral 8° del artículo 90 de la resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, lo siguiente:

“ARTICULO 90. Establecer como otras actividades, intervenciones y procedimientos

a la EPS Cruz Blanca Seccional Bogotá que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho autorice a favor de la menor María Veloza Moreno la práctica del procedimiento médico denominado “Quimiofototerapia”, en la periodicidad que determine el médico tratante.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo dictado por el Juzgado Cincuenta y Ocho (58) Civil Municipal de Bogotá y en su lugar CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales invocados por la señora Claudia Martina Moreno en representación de su hija menor María Veloza Moreno.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Cruz Blanca Seccional Bogotá que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho autorice a favor de la menor María Veloza Moreno la práctica del procedimiento médico denominado “Quimiofototerapia” en la periodicidad que determine el médico tratante.

Tercero.- PREVENIR a la EPS Cruz Blanca Seccional Bogotá, para que en un futuro no incurra en comportamientos como los que motivaron la instauración de la acción de tutela en el presente caso.

Cuarto.- Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La Convención Americana sobre derechos humanos, en su artículo 19 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”

2 Sentencia T-569 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

3 Este precedente fue reiterado en la sentencia T-093 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Cfr. Sentencias T-887 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz, T-556 1998 MP. José Gregorio Hernández, T-640 de 1997 MP. Antonio Barrera Carbonell.

5 Sobre este tema pueden estudiarse, entre otras, las sentencias T-075 de 1996 MP. Carlos Gaviria Díaz; T-286/98 MP. Fabio Morón Díaz T-558 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero; T-046 de 1999 MP. Hernando Herrera Vergara; T-887 de 1999 MP. Carlos Gaviria Díaz; T-414 de 2001 MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-421 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-972 de 2001 MP. Manuel José Cepeda T-1019 de 2002 MP. Alfredo Beltrán Sierra y T-530 de 2004 MP. Jaime Araújo Rentería, T-338 de 2005.

6 Artículo 201 Ley 100 de 1993

7 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

8 Artículo 202 Ley 100 de 1993

9 Artículo 157 Ley 100 de 1993.

10 Artículo 28 Decreto 806 de 1998.

11 Artículo 7 Decreto 806 de 1998.

12 Artículo 28 Decreto 806 de 1998

13 Artículo 177 Ley 100 de 1993