

Sentencia T-568/01

Referencia: expediente: T-422929

Acción de tutela instaurada por Consuelo Vargas Peralta contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Santa Rosa de Viterbo.

Magistrado ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D.C. mayo treinta y uno (31) de dos mil uno (2001).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Gálvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados por el juez segundo laboral del circuito de Sogamoso y por la Sala de decisión Civil-familia-laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Consuelo Vargas Peralta contra el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Santa Rosa de Viterbo.

HECHOS

1. Debido a intensos dolores en la zona lumbar y al observar deformidad en sus hombros, la demandante acudió al Seguro Social con el objeto de recibir tratamiento médico. Luego de practicados algunos exámenes, el 12 de octubre de 2000 se ordenó realizar una mamoplastia de reducción bilateral.

A fin de autorizarse el procedimiento, le fueron exigidos algunos documentos. Entre ellos, certificado de estudios, por cuanto la demandante está vinculada al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiaria de su padre, Francisco Ernesto Peralta Pérez.

De conformidad con la constancia expedida por el Director de la Escuela de Posgrados de la

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, seccional Duitama, la demandante, en octubre de 2000, cursaba segundo semestre en la “Especialización en poscosecha de frutas, verduras y flores”, con una intensidad semanal de 12 horas.

La demandante informa que el Seguro Social negó la autorización para realizar la cirugía “argumentando que el número de intensidad horaria no cumplía con el requisito de 20 horas porque en estudios de postgrado la intensidad horaria es de 12 a 16 horas y no dan un promedio constante de horas requerido por el ISS”.

Por los anteriores hechos, interpuso acción de tutela por considerar que el Seguro Social le desconoció su derecho a la salud y el derecho a la vida “máxime cuando económicamente dependo de mis padres y que legalmente estoy dentro de la edad exigida por la institución para tener derecho a la salud y atención médica como beneficiaria...”.

SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia de primera instancia

2. Mediante providencia del 3 de noviembre de 2000, el juez segundo laboral del circuito de Sogamoso, concedió la tutela. El juez sustentó su decisión en los siguientes términos:

“Dice la accionante que el Instituto de los Seguros Sociales, se niega a ordenar la cirugía con el argumento de que el número de intensidad horaria no cumplía con el requisito de 20 horas, ya que el Posgrado es de 12 a 16 y no da la constante de intensidad horaria requerida por el Instituto de los Seguros Sociales. El Juzgado no entiende como si la orden se impartió desde el 12 de octubre del presente año, a la fecha no se le ha practicado la cirugía requerida por ANGELA CONSUELO PERALTA VARGAS, cuando se han cumplido las requisitorias ordenadas por la entidad reclamada, como el número de cotizaciones del afiliado FRANCISCO PERALTA, del cual es beneficiaria la reclamante ANGELA CONSUELO PERALTA VARGAS, que obra al folio 18; además aparece certificado de estudio de ANGELA CONSUELO PERALTA VARGAS, que obra al folio 19 de las diligencias, cumpliéndose así con la requisitoria que se haga la orden de cirugía del 12 de octubre que aparece al folio 12 del expediente, debiendo en consecuencia la entidad reclamada disponer que se practique la cirugía de MAMOPLASTIA que le fue ordenada a la accionante, por haberse cumplido además con todos los trámites que el procedimiento requería”.

Impugnación

3. El Seguro Social impugnó la anterior decisión. En su concepto, la entidad no está obligada a atender a la demandante, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 1889 de 1994, la condición de estudiante, a efectos de poder ostentar la calidad de beneficiario (art. 163 de la Ley 100 de 1993), supone que la persona cursa estudios con “una intensidad de por lo menos 20 horas semanales”. Dado que no acreditó dicha intensidad horaria, mal puede la entidad atenderla.

Sentencia de segunda instancia.

4. El día 11 de diciembre de 2000, la Sala de decisión Civil-familia-laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, revocó la decisión del a-quo. En su concepto, el Seguro Social únicamente buscó determinar si la demandante reunía los requisitos exigidos por la ley para continuar como beneficiaria de su padre. Al establecer que no reunía los requisitos, se limitó a cumplir la ley, y negar la atención solicitada.

En relación con la decisión impugnada, sostiene que el a-quo debió analizar si la demandante reunía los requisitos legales para ser beneficiaria de su padre, pues el Plan Obligatorio de Salud únicamente cubre a los hijos mayores de edad que no estén pensionados y que dependan económicamente de sus padres, “conllevando implícitamente la exigencia en el evento de estudiar dedicación de lleno a dicha actividad, de ahí el límite que la Ley imperativamente disponga del límite de horas”. De aceptarse la tesis del juez de primera instancia, señala el Tribunal, sería imposible la carga económica que tendría que soportar el ISS.

FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias de la referencia.

Problema Jurídico

2. La demandante considera que la negativa del Seguro Social en autorizar una mamoplastia de reducción bilateral, ordenada por galenos de la entidad, alegando que ella no cumple con los requisitos establecidos por la ley para que sea afiliada en calidad de beneficiaria, por cuanto no estudia 20 horas semanales, viola sus derechos constitucionales fundamentales a la vida y a la salud.

El juez de primera instancia consideró que se debía proteger los derechos de la demandante, pues el Seguro Social había iniciado los trámites requeridos para brindarle su atención. El adquem, por su parte, consideró improcedente la acción, por cuanto el Seguro Social no está en obligación de atender a una persona que no reúne los requisitos para ser beneficiaria de los servicios prestados por la E.P.S.

Corresponde a la Corte determinar si la negativa del Seguro Social en autorizar una mamoplastia de reducción bilateral a la demandante, ordenada por uno de los galenos de la entidad, amparado en el hecho de que ella no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de su padre, viola sus derechos fundamentales.

La Corte no estudiará si la intervención denominada mamoplastia de reducción bilateral está excluido o no del P.O.S., por dos razones. La primera, que el Seguro Social no alegó dicha situación para negar la atención a la demandante. La segunda, que esta Corporación ya ha señalado que es necesario distinguir entre las intervenciones quirúrgicas con meros fines estéticos, de aquellos procedimientos que, si bien tienen un resultado estético, tienen por objetivo enfrentar problemas de salud de los pacientes. En desarrollo de esta distinción, en numerosas ocasiones ha entendido que cirugías destinadas a modificar el tamaño de los senos de una mujer no pueden entenderse excluidos del P.O.S., si la cirugía se explica por la necesidad de enfrentar males físicos derivados, precisamente, del tamaño de los senos¹.

Derecho a la salud. Afiliación al sistema de seguridad social en salud.

3. La procedencia de la acción de tutela está determinada, en primera medida, por la violación o amenaza de un derecho fundamental. En materia de derechos económicos, sociales y culturales, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que su carácter prestacional se trasmuta en derechos subjetivos “en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad

concreta en favor de un sujeto específico”²

La libertad del legislador para definir modalidades de garantía del derecho a la salud, supone que resulta legítimo que éste establezca condiciones distintas, para acceder a los distintas ofertas de servicios. La garantía constitucional consiste en que exista la posibilidad de acceder a los servicios. Las modalidades de atención, su oportunidad, etc. quedan libradas al legislador, quien tiene la obligación de utilizar todos los recursos disponibles de la manera más eficiente³. En este orden de ideas, por ejemplo, resulta legítimo que se exija a quienes tienen capacidad de pago que aporten recursos para financiar al sistema, que se excluya de la atención a quienes teniendo capacidad de pago no han realizado los respectivos aportes, que se ofrezca atención gratuita para atender ciertos problemas de salud, etc. Debe dejarse en claro, con todo, que el legislador no puede fijar condiciones que hagan imposible el acceso a la salud de los colombianos, pues en dicho caso se violaría la obligación constitucional de respetar el derecho de acceso a la salud de los colombianos. Así las cosas, las condiciones que fije el legislador, pueden ser objeto de control constitucional⁴.

El disfrute del derecho a la salud, por intermedio del sistema general de seguridad social en salud a través del régimen contributivo, supone que la persona se encuentra legítimamente afiliada al sistema. Como se ha precisado, uno de los mecanismos seleccionados por el legislador para dar cumplimiento a la garantía establecida en el inciso primero del artículo 49 de la Carta, es la prestación del servicio a través del sistema de seguridad social. Para acceder a los servicios de salud bajo esta modalidad, es menester que la persona que requiera del servicio cumpla con las condiciones fijadas normativamente para poder disfrutar de la atención. Si no cumple con tales requisitos, deberá acudir a otros esquemas de atención, fijados por el legislador. Dentro del esquema diseñado por el legislador en la Ley 100 de 1993, el régimen contributivo se ha restringido a aquellas personas que, por tener capacidad de pago, se afilian en calidad de cotizantes y a las personas que, de acuerdo con los términos de la misma ley, pueden afiliarse como beneficiarios por pertenecer al grupo familiar del cotizante. Sin la existencia de una afiliación, no se pertenece al sistema general de seguridad social en salud bajo el régimen contributivo.

La existencia de una afiliación al régimen contributivo, crea derechos subjetivos, algunos de ellos de naturaleza fundamental, a la atención que se brinda a través de dicho régimen. De allí que las EPS no puedan negarse a brindar los servicios de que requiere la persona, salvo

que estén excluidos del régimen y que tales exclusiones, sea en general o en el caso concreto, no resulten inconstitucionales.

La persona que no está afiliada o que no cumple con los requisitos para estar afiliada al régimen contributivo, no tiene derecho a el derecho a la salud sea satisfecho por conducto de dicho régimen. Tendrá derecho, eso si, a solicitar la atención necesaria a través de alguna de las modalidades de atención que ha definido el legislador. Cabe señalar que si no cumple con los requisitos para acudir a alguna de tales modalidades y, por lo mismo, queda imposibilitada para acceder a “los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, podría acudir a las instancias judiciales en procura de la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.

Caso concreto

4. En el presente caso se observa que la negativa del Seguro Social en atender a la demandante se explica por el incumplimiento de los requisitos para estar afiliada, como beneficiaria de su padre cotizante, al sistema general de seguridad social en el régimen contributivo. Habiéndose comprobado que la demandante no estudia como mínimo 20 horas semanales, no ha nacido un derecho subjetivo fundamental a “acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, por medio del régimen contributivo y, por lo mismo, no ha nacido obligación en cabeza del Seguro Social para brindar la atención.

Con todo, podría alegarse que la condición fijada normativamente resulta, en el caso concreto, inconstitucional. La demandante sostiene en su demanda que las condiciones propias de la especialización que cursa le impide cumplir con dicho mínimo. Se trata de un asunto que no depende de ella, sino de las condiciones fijadas por la universidad. Este argumento, sin embargo, desconoce la razón que subyace a la condición fijada por el legislador.

El artículo 163 de la Ley 100 de 1993 dispone que “El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema los hijos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado”. Como se puede observar, tres son los requisitos establecidos por el legislador: edad, dedicación exclusiva al estudio y dependencia económica. La exigencia de una dedicación exclusiva al estudio tiene por objetivo claro fomentar el estudio

de los hijos de los afiliados al sistema. Al garantizarles la protección de la salud, se liberan de la necesidad de buscar recursos para atender sus requerimientos de salud y, por lo tanto, desviar su atención a asuntos distintos de la educación. Al considerar este requisito junto con la dependencia económica, resulta claro que el legislador ha tenido en mente que la educación impide al hijo de familia obtener recursos suficientes para afiliarse al sistema.

Teniendo en cuenta lo anterior, la exigencia de una intensidad horaria de 20 horas semanales resulta congruente con el requisito legal. Tal intensidad supone al menos 4 horas de clase durante 5 días a la semana y requerirá de un tiempo similar para la preparación del material educativo. Es decir, tal intensidad horaria exige, en principio, una dedicación exclusiva del hijo de familia a sus estudios.

Según certificación que acompaña la demandante, ella únicamente asiste a la especialización los días viernes (en la tarde) y los sábados (durante todo el día). Se trata de una modalidad que no demanda dedicación exclusiva, sino que está orientada a permitir la combinación de los estudios con el trabajo, práctica común en nuestro medio. Bajo tales circunstancias, resulta claro que la demandante tiene la opción de buscar un ingreso y que, por lo tanto, no requiere de la cobertura extendida como beneficiario del padre. Así las cosas, en el caso concreto, no resulta contraria a la Carta la condición normativa mencionada.

Empero, podría objetarse la demandante no tiene ingresos propios y que depende económicamente del padre, razón por la cual debería tener derecho a ser beneficiaria del mismo, a efectos de garantizar su derecho a la salud. Además de las razones expuestas, debe tenerse presente que el derecho a la salud no se agota con el acceso a los servicios de salud por medio del régimen contributivo. El Estado ha dispuesto otras modalidades de atención, a los cuales podrá acudir la demandante para la satisfacción de su derecho constitucional.

Por las razones expuestas, se confirmará la decisión de segunda instancia.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido por la Sala de decisión Civil-familia-laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado ponente

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sobre el particular, ver sentencias T-102 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-119 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-471 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Gálvis y T-1251 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Sentencia SU-819 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Gálvis. En igual sentido T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996.

3 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha señalado sobre la obligación de adoptar medidas eficaces para lograr el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales que:

“9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art.2 del Pacto) : . 14/12/90. CESCR Observación general 3. Documento E/1991/23

4 Sobre el particular, ver entre otras, sentencia SU-111 de 1997.