

Sentencia T-750/04

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Entrega de insumos por parte de ARS para tratamiento renal

DERECHO A LA SALUD-Casos en que la jurisdicción constitucional adquiere competencia para dirimir asunto relacionado con atención médica

La Sala insiste en que los jueces no están legitimados para dirimir este tipo de controversias propias del campo médico. Sin embargo, esta restricción no anula completamente la intervención judicial respecto a las decisiones sobre la atención médica. En efecto, la jurisdicción constitucional adquiere competencia para dirimir un asunto relacionado con la atención médica cuando (i) la actuación de una entidad encargada de prestar el servicio público de salud involucra posturas o criterios arbitrarios, desproporcionados o injustificados y (ii) con dicha actuación se desconocen derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que los intervinientes reconocen que se encuentra en peligro el derecho fundamental a la salud del menor, en el presente caso, debe analizarse entonces si constituye una postura arbitraria el criterio de la A.R.S. según el cual el problema de vejiga neurogénica no tiene nada que ver con el injerto realizado al menor en el presente caso. En el expediente aparecen dos conceptos proferidos por la actual médico tratante y por el pediatra nefrólogo que practicó el trasplante renal. Estos conceptos coinciden en relacionar la patología de vejiga neurogénica con el problema de insuficiencia renal que sufre el menor. Sorprende a esta Sala que la A.R.S. accionada pretenda derivar de dichas órdenes consecuencias diferentes sin ofrecer ningún tipo de argumento médico, legal o constitucional al respecto. En la respuesta a la petición interpuesta el 22 de agosto de 2003, la entidad reconoce que venía facilitando los insumos solicitados como consecuencia del trasplante renal. Sin embargo, y sin ofrecer argumento alguno, la entidad utiliza sus propias auditorías médicas para interrumpir la continuidad en la prestación del servicio, colocando tanto al accionante como al menor en una situación de indefensión inadmisiblemente constitucionalmente. En este sentido, las entidades comprometidas con la prestación del servicio público de salud no pueden utilizar sus propias auditorías para establecer, sin soporte argumentativo médico, legal o constitucional suficiente, que una determinada prestación está incluida o excluida de los planes de beneficios.

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL EN SALUD/DERECHO A LA CONTINUIDAD EN LA ATENCION SANITARIA

La jurisprudencia constitucional ha defendido el derecho de los pacientes a la continuidad en la asistencia sanitaria. Por consiguiente, son inadmisibles las maniobras que desarrollan entidades como la accionada con el objeto de interrumpir la continuidad en la prestación del servicio. En este punto, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo 72 compromete a las A.R.S. con la atención integral de la insuficiencia renal. Por consiguiente, no se compadece con esta disposición legal el fragmentar arbitrariamente la atención para romper la continuidad de la atención sanitaria. En razón a lo mencionado en los fundamentos jurídicos anteriores, desligar el problema de la vejiga del problema de insuficiencia renal es manifiestamente opuesto al dictamen médico que sustentó el trasplante de riñón, toda vez que este pronunciamiento médico no ha sido refutado. Se desconocen entonces tanto el derecho a la continuidad como el principio de atención integral. En ningún momento la entidad accionada le manifestó a la accionante la posibilidad de controvertir la mencionada auditoría ni las razones por las cuales se consideraba que la vejiga neurogénica no se encontraba dentro del plan de beneficios del régimen subsidiado. Tan sólo se afirma que los acuerdos 72 y 74 no contemplan esta patología, lo cual es completamente contradictorio con la práctica que venía desarrollando la A.R.S. al suministrar los insumos como parte del tratamiento de la insuficiencia renal crónica que padece el menor.

PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Cuando se presentan dudas sobre responsabilidad de atención sanitaria

En esta interpretación sobre la postura de la A.R.S. accionada, la Sala destaca la importancia de resolver las dudas en torno a las responsabilidades frente a la atención sanitaria de las niñas y los niños dando prevalencia al principio del interés superior del niño, postulado ampliamente desarrollado en la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales. Como lo ha resaltado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión “interés superior” implica que el desarrollo de la niña y del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de los menores de edad.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Carga argumentativa y probatoria en la determinación de exclusiones

Cabe anotar que el principio del interés superior del niño no se limita a las actividades públicas, sino que debe ser también la pauta de las instituciones privadas cuando desarrollan actividades relativas a los niños o prestan servicios públicos como el de la salud. Estos criterios refuerzan la posición de la Sala en este caso: la A.R.S. Calisalud tiene una carga argumentativa y probatoria que no asume para desvirtuar el entendimiento del suministro de insumos relacionados con la patología de vejiga neurogénica como parte de la atención integral al problema de insuficiencia renal que padece el niño. Al no argumentar en forma suficiente e idónea en torno a la exclusión del POSS de las prestaciones solicitadas, debe entenderse que están incluidas en el POSS. Esta postura interpretativa se refuerza si se tiene en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha insistido en la interpretación restrictiva sobre las exclusiones de los planes de beneficios.

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN LA ATENCION SANITARIA-Duda que existe sobre inclusión de insumos dentro del POS debe resolverse a favor del menor

La duda razonable que existe en el presente caso sobre la inclusión de los insumos solicitados dentro del POSS, debe resolverse a favor del derecho a la continuidad en la atención que recibe el niño involucrado. Por consiguiente, la Sala asume que los insumos solicitados hacen parte de las obligaciones que corresponden a la A.R.S. en el marco del POSS. La Sala insiste en que esta interpretación no implica una sustitución del juicio médico sino que, en el presente caso, la propia A.R.S. prestó el servicio solicitado asumiendo su obligación frente a la prestación. Posteriormente, la entidad no argumentó la exclusión del servicio cuando razonablemente se entendía incluido en las normas que definen el contenido del POSS.

DERECHO A LA SALUD-Casos de protección a través de tutela

La Corte Constitucional ha contemplado diversos casos donde es factible la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela. En primer lugar, y en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud que son

negadas por las entidades del sistema, la Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud (derecho fundamental autónomo) como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En efecto, el Alto Tribunal precisó que, en sí mismo, en abstracto y sin la regulación que establezca prestaciones concretas y responsabilidades estatales y privadas, el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental porque no es un derecho subjetivo. Sin embargo, "(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, 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 subjetivo". En segundo lugar, y en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha establecido los siguientes criterios para la procedencia de la acción de tutela: (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) que el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. En tercer lugar, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-En el Plan de Beneficios se encuentran incluidos los insumos que requiere menor

La accionante solicita en favor de su hijo menor de edad el suministro de unos insumos para el manejo de sus problemas de vejiga neurogénica. Tales prestaciones, tal como quedó precisado en el presente fallo, se encuentran incluidas dentro del Plan de Beneficios del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Por esta razón, su exigibilidad a través de la acción de tutela se circunscribe al primer evento de justiciabilidad, donde se entiende que las prestaciones incluidas en el POSS comprometen el derecho fundamental a la salud y deben ser suministradas por las A.R.S. Además, se trata de un menor de edad que necesita atención para sus problemas de vejiga, situación cuya gravedad ha sido acreditada y que se enmarca dentro de los criterios que conforman el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños que lo hace exigible a través de la acción de tutela.

Referencia: expediente T-876139

Acción de tutela instaurada Yasmin Elisa Mosquera Salas, en representación de su hijo Luis Fernando Velasco, contra Calisalud A.R.S.

Magistrado Ponente (E):

Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Rodrigo Uprimny Yepes, 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 de los fallos proferidos por el Juzgado Sexto Civil Municipal y el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El 6 de noviembre de 2003, Yasmin Elisa Mosquera Salas, inscrita en el nivel II del SISBEN, obrando como agente oficiosa de su hijo beneficiario Luis Fernando Velasco Mosquera, de 11 años, interpone acción de tutela contra la E.P.S. Calisalud (la cual se desempeña como su A.R.S.) y la Secretaría de Salud Municipal de Cali al considerar que se desconocen los derechos de su hijo menor de edad a la dignidad humana, la igualdad y la seguridad social. Lo anterior por cuanto la A.R.S. se niega a suministrar los siguientes insumos: sondas nelaton No. 120, guantes estériles No. 120 y xilocaina jalea, insumos ordenados por el médico tratante el 1 de agosto de 2003. Estos insumos, afirma, son necesarios para el tratamiento de cateterismo intermitente vesical estéril, procedimiento que debe recibir su hijo como consecuencia de un trasplante de riñón que le fue practicado hace tres años. De lo contrario, su hijo puede perder el injerto renal o presentar algún rechazo debido a infecciones tales como dislipidemias, diabetes o toxicidad.

El menor ha sido tratado por la Empresa de Servicios de Terapia Renal del Valle R.T.S. Limitada. El 1 de agosto de 2003, la nefróloga María Paz Dazzarola manifestó que el menor padecía de vejiga neurogénica, que había sido objeto de trasplante de riñón en el año 2001 y que debía continuar con cateterismo intermitente. Por ello, ordenó que se realizara dicho cateterismo en forma estéril a través de los guantes estériles, las sondas y la xilocaina.

Según los documentos aportados con la demanda de tutela, esta orden de la Dra. Dazzarola es similar a una orden proferida el 12 de diciembre de 2001 por el pediatra nefrólogo Jaime Manuel Restrepo, profesional adscrito a la Fundación Clínica Valle del Lili, institución donde se efectuó el trasplante renal del menor por parte de este médico. Cabe anotar que el Dr. Restrepo precisó, en dicha fecha, que la insuficiencia renal crónica que padece Luis Fernando Velasco se debe a su problema de vejiga neurogénica.

2. La demandante considera que el no suministro de los insumos constituye una vulneración de los Acuerdos 83 y 110 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud sobre medicamentos esenciales. Así mismo, y en el acápite de pruebas documentales de la demanda, manifiesta que su hijo “en la actualidad está siendo sometido a tratamiento en Calisalud E.P.S. y la Secretaría de Salud Municipal, y que los mismos médicos ... han ordenado tanto los medicamentos como los insumos, a fin de poder controlar su vida”. De otra parte, solicita como medida provisional que mientras se resuelve de fondo la acción de tutela, las entidades demandadas procedan a prestar la atención médica necesaria y el suministro de los insumos requeridos.

Sentencias objeto de revisión

4. En la respuesta a la solicitud del juzgado, el 12 de noviembre de 2003, Jairo Enrique Ospina, Jefe del Grupo Jurídico de la Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali, manifestó que dicha secretaría no suministra medicamentos, exámenes o cirugías excluidas del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POSS) sino únicamente las prestaciones que corresponden al Nivel I de atención médica. Manifiesta que debe ser Calisalud A.R.S. la entidad que debe prestar el servicio solicitada por la demandante, y si la prestación no se incluye en el POSS, esta A.R.S. debe efectuar el recobro correspondiente ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

5. Por su parte, el 13 de noviembre de 2003, Edgar Giovanni Orrego, Jefe del Area Jurídica de Calisalud E.P.S., manifestó lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa y una vez revisado el tema con el grupo de auditores médicos de CALISALUD E.P.S. es pertinente aclarar al despacho que al menor Luis Fernando Mosquera si se le han autorizado los controles posteriores a la cirugía de transplante de riñón con cargo a CALISALUD E.P.S., ya que dicha atención se encuentra a cargo de la A.R.S. de acuerdo al Plan de Beneficios consagrado en los acuerdos antes mencionados (acuerdos 72 y 74 de 1997 expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud).

No obstante lo anterior es prudente señalar que la patología presentada actualmente no tiene relación con el transplante de riñón efectuado al menor LUIS FERNANDO VELASCO y que de acuerdo a lo establecido por el grupo de auditores médicos de nuestra Entidad, lo que actualmente presenta el menor es una patología de Vejiga Neurogénica que en nada tiene relación con el injerto renal realizado y que por lo tanto la atención de la misma no se encuentra bajo la cobertura del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado” (negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la A.R.S. accionada manifiesta que, atendiendo a lo consagrado en la Ley 715 de 2001 (arts. 43.1.4, 43.2, 43.2.1 y 43.2.2), lo que se le ha sugerido a la accionante¹ es que solicite al ente territorial correspondiente (Secretaría de Salud Departamental) la atención integral de la patología presentada por el menor. Ello garantizaría la continuidad en la prestación del servicio público de salud, teniendo en cuenta que la entidad territorial debe asumir, con cargo a los subsidios a la oferta, los servicios no incluidos en el POSS. Calisalud

enfatisa en que la atención requerida por el menor puede ser atendida en el Hospital Universitario del Valle, institución que tiene contrato con la Secretaría de Salud Departamental. Teniendo en cuenta estos argumentos, la entidad accionada considera que ha desarrollado a cabalidad la labor de información y acompañamiento que la jurisprudencia constitucional le exige en relación con las gestiones necesarias para que los beneficiarios del régimen subsidiado reciban las prestaciones no incluidas en el POSS.

6. El 14 de noviembre de 2003, teniendo en cuenta lo manifestado por Calisalud E.P.S., el juez constitucional de instancia solicitó la vinculación al proceso, como litisconsorcio necesario, de la Secretaría de Salud Departamental. En el expediente no aparece prueba alguna de que esta entidad se haya pronunciado sobre el caso.

7. El 21 de noviembre de 2003 el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cali tuteló el derecho a la salud y a la vida del menor Luis Fernando Velasco. El juez argumentó que la Corte Constitucional ha reconocido que los niños gozan de una especial y prevalente protección por parte del Estado. En consecuencia, el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental por conexidad cuando su titular es un menor de edad. Además, consideró que el no suministro de los insumos ordenados por el médico tratante coloca al menor en una situación de indefensión que hace procedente el amparo, más aún si se tiene en cuenta que en el presente caso, la demora en la atención atenta contra la integridad personal y el principio de dignidad humana. En consecuencia, ordenó a la A.R.S. de Calisalud que librara las órdenes correspondientes para que en el término de cuarenta y ocho horas le fuera suministrado el tratamiento que requiera para mantener una buena condición de salud. Así mismo, autorizó a la A.R.S. para repetir contra el Fosyga por el porcentaje del costo del tratamiento que en virtud de las normas legales no le corresponda asumir.

8. El 25 de noviembre de 2003, Mabel Valencia Calero, Gerente de Calisalud E.P.S. impugnó la sentencia de primera instancia. En esta intervención se reiteraron los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda. Además, se afirma que el juez sexto civil municipal no vinculó al proceso a la Secretaría de Salud Departamental, a pesar de que ello había sido solicitado por Calisalud.

9. El 15 de enero de 2004, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali revocó el fallo de primera instancia. El juez consideró que, según los acuerdos 72 y 74 de 1997, a Calisalud

A.R.S. “le corresponde la prestación del servicio ambulatorio o en caso de vigilancia hospitalaria con internación, la atención con médico general y no por especialista como tampoco la cobertura de la atención por fuera del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado”. Por lo tanto, manifiesta que en cumplimiento de la Ley 715 de 2001 (arts. 43.2.1 y 43.2.2), es a la Secretaría de Salud Departamental a quien concierne autorizar “a quien le toque”, la entrega de los medicamentos e insumos que se requieran para la atención del menor. Finalmente, expresa que “considerando que es a la Secretaría de Salud Departamental a quien le corresponde asumir la obligación de ordenar el suministro de los medicamentos e insumos aquí solicitados, la decisión habrá de revocarse por cuanto este ente territorial no fue vinculado como accionado en esta solicitud de tutela”.

Pruebas que obran en el expediente

10. En el expediente se encuentran las siguientes pruebas:

- Carné No. 1320276 que acredita la afiliación a Calisalud E.P.S. del menor Luis Fernando Velasco Mosquera (folio 12).
- Orden de la médico tratante, fechada 1 de agosto de 2003, relacionada con el suministro de los insumos: sondas nelaton No. 120, guantes estériles No. 120 y xilocaina jalea (folios 9 y 10).
- Concepto del pediatra nefrólogo que realizó el trasplante de riñón, fechado 12 de diciembre de 2003, en el que manifiesta la necesidad del suministro de los mencionados insumos para adelantar el cateterismo vesical necesario para no perder el injerto renal (folio 13).
- Respuesta de Calisalud E.P.S. a un derecho de petición interpuesto por la accionante el 22 de agosto de 2003 (folios 28 y 29).

Revisión por la Corte

11. Mediante auto del treinta (30) de abril de dos mil cuatro (2004), la Sala de Selección Número Cuatro dispuso la revisión de la presente acción por parte de esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

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.

Problemas jurídicos objeto de estudio

2. La accionante considera que la negativa de la A.R.S. respecto al suministro de insumos para desarrollar el tratamiento de cateterismo que requiere su hijo de 11 años, vulnera los derechos fundamentales del menor. Por su parte, la entidad accionada manifiesta que si bien es cierto ha atendido al menor en lo relacionado con el trasplante renal que le fue efectuado hace tres años, los insumos que se exigen se relacionan con un problema en la vejiga y no con la patología de insuficiencia renal. Por consiguiente, la prestación solicitada no está incluida en el POSS y debe ser asumida por la Secretaría de Salud Departamental. El juez de primera instancia concede el amparo al considerar vulnerado el derecho fundamental a la salud del menor, razón por la cual ordena a la A.R.S. el suministro de la atención médica necesaria con la posibilidad de recobro ante el Fosyga. Esta decisión es revocada por el juez de segunda instancia, quien considera que es la Secretaría de Salud Departamental la encargada de asumir la carga correspondiente.

3. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte debe analizar, en primer lugar, si es legítima la postura esgrimida en el presente caso por parte de la A.R.S. En efecto, los intervinientes coinciden en reconocer la gravedad del estado del menor y la necesidad de que no se interrumpa la continuidad en la prestación del servicio público de salud. La discusión radica en torno a la determinación de la institución que debe asumir el suministro de las prestaciones solicitadas. Resuelto este asunto, la Sala precisará la jurisprudencia sobre protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela que es aplicable en el presente caso.

La carga argumentativa y probatoria en relación con la determinación de exclusiones del Plan Obligatorio de Salud.

4. La A.R.S. accionada en el presente caso considera que, de acuerdo a lo establecido por “un grupo de auditores médicos de nuestra Entidad”, la patología de vejiga neurogénica que sufre el niño en nada tiene relación con el injerto renal (trasplante) realizado. Concluye entonces que la atención de la misma no se encuentra bajo la cobertura del Plan de

Beneficios del Régimen Subsidiado (POSS).

Es necesario determinar si esta postura es admisible argumentativamente a partir de un soporte legal y constitucional. Al respecto, debe analizarse lo esgrimido por Calisalud A.R.S. a partir de lo consagrado en la (i) reglamentación del sistema y (ii) la jurisprudencia constitucional.

5. El Acuerdo 72 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, establece lo siguiente:

“ARTICULO 1.- Contenidos del Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Subsidiado. El Plan Obligatorio de Salud Subsidiado comprende los servicios, procedimientos y suministros que el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a las personas aseguradas con el propósito de mantener y recuperar su salud. La cobertura de riesgos y servicios a que tienen derecho los afiliados al Régimen Subsidiado es la siguiente:

(...)

C. Acciones de recuperación de la salud:

(...)

5. Atención a enfermedades de alto costo: Garantiza la atención en salud a todos los afiliados en los siguientes casos:

(...)

5.3 Insuficiencia renal: Garantiza la atención integral necesaria en cualquier complejidad, de los pacientes con diagnóstico de insuficiencia renal aguda o crónica; incluye:

- La hemodiálisis y la diálisis peritoneal.
- El trasplante renal que incluye la nefrectomía del donante y el control permanente del transplantado renal.
- Derechos de hospitalización de la complejidad necesaria” (negrilla fuera de texto).

Como se observa, el Acuerdo 72 incluye expresamente la atención integral de la insuficiencia renal. Esto es reconocido por la A.R.S. accionada. El punto de discordia surge al analizar la conexión del problema de vejiga neurogénica con la patología de insuficiencia renal.

6. Sobre este punto, la Sala insiste en que los jueces no están legitimados para dirimir este tipo de controversias propias del campo médico. Sin embargo, esta restricción no anula completamente la intervención judicial respecto a las decisiones sobre la atención médica. En efecto, la jurisdicción constitucional adquiere competencia para dirimir un asunto relacionado con la atención médica cuando (i) la actuación de una entidad encargada de prestar el servicio público de salud involucra posturas o criterios arbitrarios, desproporcionados o injustificados y (ii) con dicha actuación se desconocen derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que los intervinientes reconocen que se encuentra en peligro el derecho fundamental a la salud del menor, en el presente caso, debe analizarse entonces si constituye una postura arbitraria el criterio de la A.R.S. según el cual el problema de vejiga neurogénica no tiene nada que ver con el injerto realizado al menor en el presente caso.

7. La entidad accionada no ofrece ningún tipo de soporte, ni siquiera sumario, de los argumentos a partir de los cuales “el grupo de auditores médicos” estableció una distinción tan tajante entre las patologías que padece el menor. En efecto, tanto en la respuesta de la A.R.S. al juzgado de instancia como en el escrito de impugnación, no se hace alusión a la fecha en la que se adoptó tal determinación por el mencionado grupo. Tampoco se menciona la conformación del mismo ni la valoración que el grupo hace sobre la historia clínica del menor.

8. Por el contrario, en el expediente aparecen dos conceptos proferidos por la actual médico

tratante y por el pediatra nefrólogo que practicó el trasplante renal. Estos conceptos coinciden en relacionar la patología de vejiga neurogénica con el problema de insuficiencia renal que sufre el menor. Efectivamente, a folio 13 del expediente, aparece el concepto del pediatra nefrólogo Jaime Manuel Restrepo en una carta dirigida al Jefe de Autorizaciones de Calisalud A.R.S., de fecha diciembre 12 de 2001, en la cual se expresa:

“En el caso del niño LUIS FERNANDO VELASCO quien tiene como causa de su IRC (Insuficiencia Renal Crónica) una vejiga neurogénica, la cual le fue previamente practicada ampliación, es necesario mantener un vaciamiento adecuado para evitar el residuo vesical y de esta manera la infección. Lo anterior requiere de un adecuado cateterismo intermitente vesical estéril. Se hace necesario mantener cateterismo vesical con técnica estéril so pena de que las infecciones adquiridas puedan hacer perder el injerto renal.

Como ustedes entenderán este procedimiento se convierte en un factor de sobrevivencia del injerto tan importante como los medicamentos inmunosupresores por lo tanto solicitamos se autorice a quien corresponda la entrega de los insumos que incluyen: sondas nelaton, guantes estériles, xilocaina jalea” (negrillas fuera de texto)”.

En este concepto es absolutamente clara la conexidad que los insumos solicitados por la accionante tienen con el problema de la vejiga neurogénica como causa del problema de insuficiencia renal crónica. Ahora bien, diecinueve meses después, el 1 de agosto de 2003, la actual médica tratante del menor, la Dra. María Paz Dazzarola, adscrita a la sección de nefrología de R.T.S. Limitada (Servicios de Terapia Renal del Valle) vuelve a solicitar el suministro de los mismos insumos. A pesar de que la Dra. Dazzarola escribe en la respectiva orden la expresión “NO POSS”, precisa que el menor requiere de los mencionados insumos en razón a su problema de vejiga neurogénica. En particular, la médico tratante afirma que “continúa con cateterismo intermitente, el cual debe realizarse en forma estéril con (los) elementos indicados” (negrilla fuera de texto).

9. Se trata entonces de dos órdenes idénticas. Por ello, sorprende a esta Sala que la A.R.S. accionada pretenda derivar de dichas órdenes consecuencias diferentes sin ofrecer ningún tipo de argumento médico, legal o constitucional al respecto. En la respuesta a la petición interpuesta el 22 de agosto de 2003, la entidad reconoce que venía facilitando los insumos solicitados como consecuencia del trasplante renal. Sin embargo, y sin ofrecer argumento

alguno, la entidad utiliza sus propias auditorías médicas para interrumpir la continuidad en la prestación del servicio, colocando tanto al accionante como al menor en una situación de indefensión inadmisiblemente constitucionalmente.

En este sentido, las entidades comprometidas con la prestación del servicio público de salud no pueden utilizar sus propias auditorías para establecer, sin soporte argumentativo médico, legal o constitucional suficiente, que una determinada prestación está incluida o excluida de los planes de beneficios.

10. La jurisprudencia constitucional ha defendido el derecho de los pacientes a la continuidad en la asistencia sanitaria. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional²:

“Es obligación primordial tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad. Primero debe ser la valoración médica y luego la exclusión del sistema, si es que da lugar a ello. Pero no al revés: quitarle el servicio y luego obligarla a trámites burocráticos para readquirirlo, ya que esto atenta contra la continuidad del servicio de salud (...). Para saber si tiene derecho o no a la atención médica por parte de (la EPS), la carga de la prueba para la suspensión del servicio le corresponde a quien lo suspende porque debe justificar la no prestación que se venía dando”.

Por consiguiente, son inadmisibles las maniobras que desarrollan entidades como la accionada con el objeto de interrumpir la continuidad en la prestación del servicio. En este punto, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo 72 compromete a las A.R.S. con la atención integral de la insuficiencia renal. Por consiguiente, no se compadece con esta disposición legal el fragmentar arbitrariamente la atención para romper la continuidad de la atención sanitaria. En razón a lo mencionado en los fundamentos jurídicos anteriores, desligar el problema de la vejiga del problema de insuficiencia renal es manifiestamente opuesto al dictamen médico que sustentó el trasplante de riñón, toda vez que este pronunciamiento médico no ha sido refutado. Se desconocen entonces tanto el derecho a la continuidad como el principio de atención integral.

11. De otra parte, en ningún momento la entidad accionada le manifestó a la accionante la posibilidad de controvertir la mencionada auditoría ni las razones por las cuales se consideraba que la vejiga neurogénica no se encontraba dentro del plan de beneficios del

régimen subsidiado. Tan sólo se afirma que los acuerdos 72 y 74 no contemplan esta patología, lo cual es completamente contradictorio con la práctica que venía desarrollando la A.R.S. al suministrar los insumos como parte del tratamiento de la insuficiencia renal crónica que padece el menor.

12. En esta interpretación sobre la postura de la A.R.S. accionada, la Sala destaca la importancia de resolver las dudas en torno a las responsabilidades frente a la atención sanitaria de las niñas y los niños dando prevalencia al principio del interés superior del niño, postulado ampliamente desarrollado en la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales.

Como lo ha resaltado la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, la expresión “interés superior” implica que el desarrollo de la niña y del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de los menores de edad. Para la Corte Constitucional:

“El interés superior del niño se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. Este principio reconoce los derechos prevalentes de los menores, y exige 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 en los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad”⁴.

13. Cabe anotar que el principio del interés superior del niño no se limita a las actividades públicas, sino que debe ser también la pauta de las instituciones privadas cuando desarrollan actividades relativas a los niños o prestan servicios públicos como el de la salud. Estos criterios refuerzan la posición de la Sala en este caso: la A.R.S. Calisalud tiene una carga

argumentativa y probatoria que no asume para desvirtuar el entendimiento del suministro de insumos relacionados con la patología de vejiga neurogénica como parte de la atención integral al problema de insuficiencia renal que padece el niño. Al no argumentar en forma suficiente e idónea en torno a la exclusión del POSS de las prestaciones solicitadas, debe entenderse que están incluidas en el POSS.

14. Esta postura interpretativa se refuerza si se tiene en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha insistido en la interpretación restrictiva sobre las exclusiones de los planes de beneficios. Ha dicho la Sala Séptima de Revisión:

“22.5 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sujeta el goce de los derechos definidos en ella al principio de progresividad. Ello supone que únicamente cuando se ha incluido, por así requerirlo el derecho en cuestión, la prestación dentro del sistema de salud (en este caso), éste es exigible. Ello podría llevar a pensar que, aún con las imprecisiones antes indicadas, sólo son exigibles aquellas prestaciones definidas por el Estado, pues de esta manera se asegura que el cubrimiento corresponde al nivel de desarrollo y a los recursos existentes. La Corte comparte este argumento, salvo en los casos de duda. En tales eventos, en atención a los principios favor libertatis y de buena fe en el cumplimiento de los tratados, en concordancia con el principio de dignidad humana, debe preferirse la opción que extienda o amplíe el aspecto de goce del derecho fundamental. Visto en sentido contrario, toda restricción a un derecho debe ser expresa y no dejar asomo de duda. Tal es la carga que debe asumir el garante del derecho.

23. En conclusión, la aplicación de un criterio finalista -búsqueda del logro del más alto nivel posible de salud- autoriza el argumento a fortiori, conforme al cual habiéndose dispuesto el cubrimiento en el P.O.S. de un procedimiento determinado, se entiende incluido todo aquello necesario para su realización, lo que necesariamente incluye el suministro del injerto o alo-injerto en el presente caso”5.

Como se observa, la duda razonable que existe en el presente caso sobre la inclusión de los insumos solicitados dentro del POSS, debe resolverse a favor del derecho a la continuidad en la atención que recibe el niño involucrado. Por consiguiente, la Sala asume que los insumos solicitados hacen parte de las obligaciones que corresponden a la A.R.S. en el marco del POSS.

La Sala insiste en que esta interpretación no implica una sustitución del juicio médico sino que, en el presente caso, la propia A.R.S. prestó el servicio solicitado asumiendo su obligación frente a la prestación. Posteriormente, la entidad no argumentó la exclusión del servicio cuando razonablemente se entendía incluido en las normas que definen el contenido del POSS. Superada esta discusión, deben analizarse los criterios sobre procedencia de la acción de tutela que son aplicables en el presente caso.

Protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela

15. La Corte Constitucional ha contemplado diversos casos donde es factible la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela. En primer lugar, y en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud que son negadas por las entidades del sistema, la Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud (derecho fundamental autónomo) como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo⁶. En efecto, el Alto Tribunal precisó que, en sí mismo, en abstracto y sin la regulación que establezca prestaciones concretas y responsabilidades estatales y privadas, el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental porque no es un derecho subjetivo. Sin embargo, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, 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 subjetivo”. Por consiguiente:

“(P)uede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc. (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o

procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental (negrilla fuera de texto)”7.

En estos casos, para que a través de la acción de tutela sea procedente el estudio de fondo de una presunta vulneración, no sería necesario probar la conexidad con otro derecho de carácter fundamental (vida o mínimo vital)8.

En segundo lugar, y en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha establecido los siguientes criterios para la procedencia de la acción de tutela: (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) que el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante9.

En tercer lugar, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia, las personas con discapacidad10 y los adultos mayores11, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo. En el evento específico del derecho fundamental a la salud de las niñas y los niños, la Corte afirmó12:

“El núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que

la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización”.

16. En el presente caso, la accionante solicita en favor de su hijo menor de edad el suministro de unos insumos para el manejo de sus problemas de vejiga neurogénica. Tales prestaciones, tal como quedó precisado en el presente fallo, se encuentran incluidas dentro del Plan de Beneficios del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. Por esta razón, su exigibilidad a través de la acción de tutela se circunscribe al primer evento de justiciabilidad, donde se entiende que las prestaciones incluidas en el POSS comprometen el derecho fundamental a la salud y deben ser suministradas por las A.R.S. Además, se trata de un menor de edad que necesita atención para sus problemas de vejiga, situación cuya gravedad ha sido acreditada y que se enmarca dentro de los criterios que conforman el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños que lo hace exigible a través de la acción de tutela. Por estas razones, la Sala revocará el fallo de segunda instancia para confirmar parcialmente la sentencia del Juzgado Sexto Civil Municipal de Cali. En efecto, la confirmación del fallo es parcial toda vez que en el presente caso no procede el recobro contra el Fosyga. De lo que se trata es del suministro de una prestación que está obligada a suministrar la entidad accionada.

III. DECISION

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 la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali, el día 15 de enero de 2004, en la que negó la tutela de los derechos fundamentales del menor Luis Fernando Velasco y, en consecuencia, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del Juzgado Sexto Civil Municipal de Cali.

SEGUNDO: ORDENAR a Calisalud A.R.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas suministre los insumos solicitados para la atención de los problemas de vejiga neurogénica que sufre el menor Luis Fernando Velasco. En el presente caso no procede recobro contra el Fosyga por cuanto dichos insumos hacen parte de la atención integral de la insuficiencia

renal a la que está obligada la A.R.S. en el marco del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

TERCERO: Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado Ponente (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 En la contestación a la demanda (folios 28 y 29 del expediente), la entidad accionada adjunta la respuesta ofrecida ante un derecho de petición interpuesto por la accionante el 22 de agosto de 2003. En esta respuesta, la entidad accionada manifiesta que la patología de Vejiga Neurogénica no se encuentra contemplada dentro del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado determinado en los acuerdos 72 y 74 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social. Además, Calisalud E.P.S. manifiesta que la atención posterior al procedimiento de trasplante renal efectuado al menor fue prestada en debida forma con cargo a la A.R.S. y en relación a lo cubierto en el POSS, sin embargo, se anotó que los insumos que se requerían en agosto de 2003 tenían lugar en razón de la vejiga neurogénica, patología por la cual la entidad accionada considera que no debe responder. Por ello, le informa a la accionante que, según la Ley 715 de 2001, la Secretaría de Salud Departamental debe asumir el suministro de los insumos.

2 Sentencia T-060 de 1997.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Párr. 137.

4 Sentencia T-408 de 1995. En la sentencia T-510 de 2003 (caso relacionado con la irrevocabilidad del consentimiento de una madre al dar en adopción a su hija), la Corte Constitucional precisó los siguientes criterios jurídicos para determinar el interés superior de un menor de edad: i) la garantía del desarrollo integral del menor; ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; iv) el equilibrio con los derechos de los padres; v) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; y vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

5 Sentencia T-859 de 2003.

6 Sentencia T-859 de 2003 (caso de dos personas con problemas de estabilidad en sus rodillas y que necesitaban de un procedimiento de aloinjerto. Las EPS correspondientes negaban el servicio por no estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Por el contrario, al resolver el caso, el alto tribunal precisó que si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos necesarios para realizar el procedimiento, razón por la cual lo solicitado debía entenderse como incluido en el POS. Por esta razón, las EPS tenían que suministrarlo y no era procedente el recobro ante el Fosyga).

7 Sentencia T-859 de 2003. Por su parte, y en una línea similar de argumentación, la sentencia T-860 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) afirmó que "(e)s a los beneficios consagrados en estos planes -según se trate del régimen contributivo o del subsidiado- que los ciudadanos tienen un derecho fundamental determinado y exigible. (...) Los contenidos propios del Plan Obligatorio de Salud -bien sea del régimen contributivo o del subsidiado-, devienen en prestaciones vinculantes para los entes encargados de su cumplimiento y en derechos subjetivos, de carácter fundamental autónomo, para los ciudadanos. Si, dado este presupuesto, es negado el acceso a alguno de los beneficios que se erigen en contenido determinado del derecho a la salud, se estaría en presencia de la violación de un derecho

fundamental, cuya protección puede ser invocada de manera autónoma y directa”.

8 Sentencia T-860 de 2003. Con todo, la Corte precisa que es imperativo considerar, en el caso concreto, si existe otro medio de defensa judicial efectivo para amparar las garantías básicas puestas en peligro. En la sentencia T-223 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del P.O.S. y del P.O.S.S.. Así mismo, en la sentencia T-299 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte precisó que las insulinas cristalina y NPH que solicitaba el accionante se encontraban en el Plan Obligatorio de Salud. Por tal motivo, el Alto Tribunal consideró que la negación de dichos medicamentos comprometía el derecho fundamental a la salud, el cual comprende, entre otros, el contenido del POS. Una formulación de este entendimiento del derecho a la salud como derecho fundamental autónomo se encuentra en la aclaración de voto a la sentencia T-1207 de 2001 del Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes.

9 Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998 y T-329 de 1998, entre otras.

10 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

11 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

12 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).