

T-752-98

Sentencia T-752/98

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Alcance/DERECHO A LA SALUD-Protección preventiva y no solamente en caso de gravedad

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Decisión sobre la necesidad de realizar implante coclear en menor de edad

ESTADO-Protección personas en circunstancias de debilidad manifiesta

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Atención médica como deber estatal

PLAN DE BENEFICIOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Prioridad para ser atendidos con cargo a los recursos del subsidio a la oferta

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Instituciones públicas o privadas con las cuales el Estado tenga contrato

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Información completa sobre manera de acceder al servicio médico

DERECHO A LA VERDAD-Ocultamiento de información

Referencia: Expediente T-186.847

Acción de tutela presentada por Clemencia Argoty, en nombre de su hija menor de edad, Daniela Marcela Arcos Argoty, contra la E.P.S. Cóndor S.A.

Magistrado Ponente:

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, en la sesión de la Sala Primera de Revisión, a los tres (3) días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, en la acción de tutela

promovida por la señora Clemencia Argoty, en representación de su hija Diana Marcela Arcos Argoty, contra la Entidad Promotora de Salud Cóndor S.A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

La demandante, en representación de su hija menor de edad de cinco (5) años, presentó el cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), acción de tutela, por considerar que la E.P.S. demandada le está vulnerando a su hija los derechos consagrados en la Constitución relacionados con la salud, pues, la menor padece de hipoacusia neurosensorial bilateral congénita, y para su curación, requiere de un implante coclear (IC). Implante que la entidad no le suministra, y que, según obra en el expediente, el sólo implante cuesta alrededor de 22 millones de pesos.

La demandante es una persona de escasos recursos, madre cabeza de familia. Tiene a su hija afiliada en el régimen subsidiado de tal entidad. La niña asiste al programa de Atención Integral en Deficiencias Auditivas en el Centro de Habilitación del Niño (CEHANI), en la ciudad de Pasto. De acuerdo con los diagnósticos de los especialistas, sería una candidata para el Implante Coclear.

La demandante se ha dirigido a la E.P.S. Cóndor, a la Presidencia de la República, al Bienestar Familiar, a la Superintendencia de Salud, en donde las respuestas que le han dado, no le ofrecen solución a su problema.

Solicita con esta tutela que se ordene a la E.P.S. Cóndor que realice las gestiones necesarias para que se le proporcione a su hija el implante que requiere.

En sentencia del 18 de agosto de 1998, del Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto, se denegó la tutela solicitada. El juez consideró que según el Acuerdo 72 de 1997, que regula el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS, dentro de los riesgos y servicios que ampara, no está la enfermedad que padece la menor, ni el implante que requiere. Además, “esa cirugía no es necesaria para asegurar el derecho a la vida de la peticionaria, es decir no toca la

esencia del derecho a la salud considerado fundamental para los niños, en virtud de que dispone de otros instrumentos técnicos como son los audífonos y la rehabilitación los cuales sí pueden ser proporcionados por la Entidad promotora de salud, para que la usuaria del servicio supla su deficiencia auditiva congénita.” (folios 99 y 100)

Por otra parte, señala la sentencia, la E.P.S. no está obligada a cubrir el alto costo de la cirugía. Cuando esta situación se da, debe el interesado acudir al hospital público o privado con el que el Estado tenga contrato, según establece el decreto 806 de 1998.

Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, en sentencia del 16 de septiembre de 1998.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera.- Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Lo que se debate. Reiteración de jurisprudencia.

El presente asunto radica en determinar si es procedente la acción de tutela para ordenar a la E.P.S. Cóndor S.A. a realizar el implante coclear a la menor, tal como lo solicita la demandante, a pesar de no existir peligro para la vida (uno de los argumentos de los jueces de instancia para denegar esta acción), o, si es obligación del Estado prestar este procedimiento quirúrgico. Además, si la demandante tiene derecho a que las entidades relacionadas con la prestación del servicio público de salud y cuidado de los menores, le suministren la información requerida y le indiquen la manera de hacer efectiva su solicitud.

Para resolver estos puntos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, se tendrá en cuenta que la menor está afiliada en el régimen subsidiado, a la promotora de salud demandada y la actora carece de medios económicos, circunstancia que se entiende relevada de prueba en este proceso, en razón, precisamente, de la clase de régimen en el que se encuentra afiliada.

La menor, que actualmente tiene 5 años, presenta hipoacusia neurosensorial bilateral congénita (sordera bilateral profunda). Está en el programa de rehabilitación, en una entidad especializada (CEHANI), y cuenta con la ayuda de audífonos. Los gastos del tratamiento terapéutico que se le realiza a la niña son cubiertos en un 95% por la E.P.S. Cándor y el 5%, correspondiente al copago, es asumido por la madre.

El médico especialista que diagnosticó a la menor, en concepto del 4 de mayo de 1998, estima que “la paciente es candidata para inscribirla en un programa de implante coclear”. Señaló que “si la E.P.S. asume estos costos, comedidamente solicito remitirla para tal fin a la ciudad de Bogotá.” (folio 11)

El médico tratante, en su declaración ante el a quo, explicó en qué consiste el procedimiento :

“Para aquellos pacientes que nunca han oído o que han oído o escuchado muy poco el implante coclear da a veces buenos resultados y a veces malos resultados, de todas maneras desde el punto de vista médico se considera que es uno de los tratamientos que se le puede brindar a aquellos pacientes sordos congénitos previo los estudios que se hacen de psicología de ambiente familiar de la receptividad que puede tener el paciente y la familia para la rehabilitación posterior al implante. Porque no es solamente hacer al operación y colocar el implante y la situación se solucionó, no, esto implica unos seis meses antes de la cirugía de preparación, de ambientación, y otro tanto después del acto quirúrgico y no todas las personas que aspiran a los implantes se los selecciona como candidatos para ello. (...) Desafortunadamente el implante coclear tiene un gran problema y es el costo. (...) ya que el implante en sí cuesta alrededor de veintidós millones de pesos. Y ni el Seguro Social que es una entidad poderosa puede ofrecer implantes cocleares a sus beneficiarios sino en un programa muy especial y que creo que abarca alrededor de cinco pacientes en el año.” (folios 58 y 59)

La E.P.S. le informó a la madre de la menor que a pesar de que la niña presenta una enfermedad no contemplada en el POS subsidiado, tiene derecho a los servicios. Pero, que dentro de los eventos no cubiertos por el régimen subsidiado, se encuentran los transplantes cocleares.

El Instituto de Bienestar Familiar le indicó a la demandante que el procedimiento quirúrgico

se está realizando en Bogotá, en la Clínica San Pedro Claver y en la Clínica José A. Rivas. (folio 10).

Presentada de esta manera la situación, se resolverá, según la jurisprudencia de la Corte, el primer interrogante : si es procedente la tutela aun cuando no esté en peligro la vida. En la sentencia T- 260 de 1998, se señaló que esta mera consideración, no es razón suficiente para denegar la protección. Allí se dijo claramente, que según el caso, el interesado no tiene que esperar estar al borde una urgencia, con peligro inminente para su vida, para poder acceder a la protección de la salud :

“Tal consideración, aplicada al presente caso, informa sobre la necesidad de tutelar el derecho a la salud, cuando haya certeza sobre la vulneración o amenaza de derechos constitucionales con carácter fundamental en cualquier grado y no solamente cuando la vulneración o amenaza de tales derechos sea muy grave; es decir, no debe esperarse, se repite, a estar al borde de una negación completa de los derechos vinculados con el derecho a la salud, para que su tutela proceda. Es equivocado, entonces, el planteamiento del juez de primera instancia según el cual, como la visión del demandante no está en peligro de perderse, debe denegarse el amparo constitucional solicitado. Sería tanto como esperar a que un enfermo demuestre que está al borde de la muerte para que el juez de tutela tome cartas en el asunto, cuando lo natural y obvio dentro del campo de la medicina es evitar llegar a tan terrible estado.” (sentencia T-260 de 1998, M.P., doctor Fabio Morón Díaz)(se subraya)

En cuanto al segundo asunto : ¿quién debe asumir el costo del implante?, se reiterará la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que corresponde al Estado y no a los particulares, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, brindar la protección adecuada a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta. Dice esta sentencia :

“No es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de los demás, como efectivamente lo es el hecho de que un disminuido físico no reciba la atención médica requerida. La clínica accionada puede asumir tal responsabilidad, si así lo quiere, pues

evidentemente cuenta con la infraestructura y el capital suficientes para hacerlo, pero no está obligada ni constitucional ni legalmente a ello, ya que esa carga debe asumirla el Estado, en caso de que efectivamente los padres del menor no cuenten con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos que su adecuado cuidado requiera y no se encuentre afiliado a ningún sistema de salud que pueda brindárselo, toda vez que es el Estado y no los particulares, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, quien debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, en la que realmente se encuentra, a no dudarlo, el menor JOSE HILARIO SARMIENTO JURADO. (se subraya)

“Efectivamente, si la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación genérica de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, cuando en particular ellas no pueden cumplirla, corresponde a aquél hacerlo. No por otra razón la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado que cuando los menores se encuentren por fuera de cualquier plan que permita hacer efectivos sus derechos a la salud y a la seguridad social (artículo 44 de la Carta), “tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta”¹.

“Acogiendo esta razón constitucional, el legislador creó mediante la ley 100 de 1993 y dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el llamado régimen subsidiado, al cual deberán ser afiliadas todas aquellas personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de las cotizaciones a su cargo, especialmente las que compongan la población más pobre y vulnerable del país. Así mismo, puso como límite el año 2000 para que todos los colombianos se encuentren afiliados al sistema a través de cualquiera de los regímenes, bien el contributivo, ora el subsidiado, señalando que durante el período de transición, o sea, mientras lo anterior se cumple, “la población del régimen subsidiado obtendrá los servicios hospitalarios de mayor complejidad en los hospitales públicos del subsector oficial de salud y en los de los hospitales privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios”².(sentencia T-248 de 1997, 27 de mayo de 1997, M.P., doctor Fabio Morón Díaz)

Tercera.- El caso concreto. Recursos para financiar la prestación de servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

Las normas legales señalan que en casos como el presente, cuando el interesado está afiliado al régimen subsidiado, puede acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios. Es de observar que, según la ley, en el caso de los beneficiarios de este régimen subsidiado, éstos tendrán prioridad en ser atendidos.

Concretamente, el Acuerdo Nro. 72, “Por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado”, del 29 de agosto de 1997, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, del Ministerio de Salud, señala en el artículo 4o. :

“Artículo 4.- La complementación de los servicios del POSS, a cargo de los recursos del subsidio a la Oferta : En la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS con los del POS del Régimen Contributivo aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POSS, tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las Instituciones Públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.” (se subraya)

Se resaltan dos asuntos : en el caso concreto no puede acudirse a la forma general de remitir a la demandante a las instituciones públicas o privadas con las que el Estado tenga contrato de prestación de servicios, pues, para el implante requerido, sólo existen, actualmente, dos instituciones en el país que realizan el procedimiento : la Clínica San Pedro Claver y la Clínica Rivas, ambas en la ciudad de Bogotá. Y la posibilidad de acudir a los recursos de que trata el inciso cuarto del artículo 20 de la ley 344 de 1996, previstos, para esta clase de casos. En efecto, dice esta norma :

“Artículo 20. (...)

“Los recursos provenientes de subsidios a la oferta que reciban las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud y las empresas sociales del Estado del orden nacional o territorial, se destinarán exclusivamente a financiar la prestación de servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. (...)” (se subraya)

Las normas señaladas, aplicadas al presente asunto, permiten establecer :

Si bien la empresa promotora de salud Cóndor S.A. no está obligada a realizar directamente el implante a la menor, pues, como se vio, en aplicación del artículo 13 de la Constitución, quien debe proteger “especialmente a aquellas personas que por condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”, es el Estado, sin embargo, la empresa como prestadora del servicio público de salud, estaba obligada a suministrarle la información completa a la demandante sobre la manera de acceder a otros mecanismos, para lograr, en lo posible, la atención de su hija.

En otras palabras, no le bastaba a la entidad decirle a la demandante que por normas legales no puede cubrir los servicios requeridos por la menor, ni señalarle que podía acudir a “las Instituciones Públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto”, cuando sabe que, dada la especialidad del asunto, sólo dos instituciones pueden hacerlo. Esta mera información, no protegía efectivamente los derechos de la menor, y desconocía que se trata del caso de una afiliada.

Cuando a la demandante sólo se le citan las normas por las cuales no puede accederse a su pedido, pero no se le indica qué puede hacer, o a dónde acudir y cómo, se está en presencia de la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, y, su relación directa, a la vida, en condiciones dignas. Además, no es el ciudadano el que puede conocer cómo poner en marcha la consecución de los recursos, que, como se vio en el artículo 20 de la ley 344 de 1996, están previstos para casos como el presente.

La información que debe ser suministrada a la demandante, hace parte del derecho a la verdad, del cual la Corte se ha ocupado en algunas oportunidades. En la sentencia T-125, de 1994, se dijo, precisamente, que el ocultamiento de información a quien está vitalmente interesada en él, configura una conducta que pone a la persona en situación de indefensión. Señaló la Corte :

“En efecto, la información reviste un significado de trascendental importancia en el ámbito de los negocios, hasta el extremo de ser indispensable para la determinación del precio, por lo que se afirma coloquialmente que la información es poder. El ocultamiento de la información de un negocio a quien está vitalmente interesado en él, configura una conducta que coloca a la persona en situación de indefensión, respecto del contratante que abusa de su posición privilegiada. La solidaridad debe gobernar las relaciones entre las partes

contratantes, particularmente entre las personas con intereses comunes en el negocio. No obstante, el incumplimiento del deber de informar acerca del desarrollo de un contrato a la persona interesada en él, es una materia que debe ser resuelta exclusivamente con base en la ley, pues, carece de relevancia constitucional, salvo que la omisión materialmente vulnere de manera directa los derechos fundamentales de quién depende en grado sumo de las resultas del mismo para su subsistencia autónoma y libre, siempre que en este caso excepcional se acredite, además de la insuficiencia de los remedios legales, que la omisión es la causa eficiente de la transgresión.” (sentencia T-125 de 1994, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Estas mismas consideraciones son aplicables a las demás entidades públicas a donde ha acudido la demandante, pero contra las que no dirigió esta acción. El Instituto de Bienestar Familiar, la Superintendencia de Salud, las Secretarías de Salud Departamental o municipal, es decir, las entidades que prestan el servicio público de salud y las que se relacionan con la protección de los menores, han estado en la obligación de informar claramente a la demandante cuáles son las formas de hacer efectivos sus derechos.

En consecuencia, se tutelarán los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y a la salud de la menor, derechos que se protegen en la forma ordenada por el artículo 44 de la Constitución (sus derechos prevalecen), por tratarse de una menor de edad. Además, las gestiones que se ordenará realizar no pueden ser objeto de demoras injustificadas, pues, según los expertos, el éxito del implante es notable en los pacientes a los que se les realice en muy temprana edad (de 18 meses a 4 años), y la menor tiene 5 años. Es decir, no puede, injustificadamente, esperar mucho tiempo para que se le defina su situación.

Por lo anterior, se ordenará a la E.P.S. Cóndor S.A. que coordine con el ICBF, Seccional Nariño, a las Secretarías de Salud Departamental de Nariño y municipal de Pasto, todas las gestiones necesarias para lograr que sean los especialistas los que decidan sobre la procedencia del implante o no a la menor, pues, no se desconoce la complejidad del asunto, en razón de que no toda persona con problemas auditivos requiere ni puede hacerse un implante coclear. Sólo los especialistas, se repite, pueden determinar este punto.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero : REVOCAR la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, de fecha diez y seis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), en la acción de tutela interpuesta por la señora Clemencia Argoty, en representación de su hija menor de edad, Daniela Marcela Arcos Argoty contra la E.P.S. Cóndor S.A. En consecuencia, se concede la tutela pedida.

Segundo : Conforme a la parte motiva, ORDENAR a la E.P.S. Cóndor S.A., que con el Instituto de Bienestar Familiar de Nariño y las Secretarías de Salud Departamental de Nariño y municipal de Pasto, coordine todo lo relacionado con la gestión que deben adelantar para que la menor Daniela Marcela Arcos Argoty sea atendida, de manera inmediata, con el fin de lograr que los médicos especialistas decidan sobre la necesidad o no de realizar el implante coclear a la menor, asunto sobre el cual no puede pronunciarse la Corte. La decisión correspondiente, debe ser suministrada a la demandante, Clemencia Argoty, a la mayor brevedad, para evitar que por información tardía sufran detrimento la salud y, en consecuencia, la calidad de vida de la niña mencionada. Para tal efecto, las entidades citadas, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, adoptarán todas las medidas correspondientes.

Tercero : Para los fines pertinentes, envíese copia de esta sentencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional Nariño, a las Secretarías de Salud del Departamento de Nariño y del municipio de Pasto, a la Superintendencia de Salud y al Ministerio de Salud.

Cuarto : Comisionase al Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto, para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en esta sentencia. Así mismo, informará a la Corte al respecto.

Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1Corte Constitucional, Sentencia SU-043 de 1995, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

2Ley 100 de 1993, parágrafo 1 del artículo 162.