

Sentencia T-775/07

DERECHO A LA SALUD DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Incorpora el derecho al diagnóstico

ACCION DE TUTELA-Improcedencia cuando el procedimiento médico no es ordenado por un médico adscrito a la EPS demandada

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR Y ACCION DE TUTELA-Caso en que procedimiento médico tiene por objeto determinar si de la enfermedad del menor se deriva un subsidio económico o eventualmente una futura sustitución pensional

Referencia: expediente T-1620561

Acción de tutela a nombre del menor Julián Alzate Palacio, contra Susalud EPS.

Procedencia: Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Catalina Botero Marino, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado en segunda instancia por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada mediante apoderado, por Mario de Jesús Alzate Martínez en representación de su menor hijo Julián Alzate Palacio, contra Susalud EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, y fue elegido para revisión el 7 de junio de 2007, por la Sala Sexta de Selección.

I. ANTECEDENTES.

A. Hechos y relato efectuado por el demandante.

El señor Mario de Jesús Alzate Martínez acudió a Susalud EPS en septiembre 25 de 2006, solicitando le practicaran el examen “cariotipo en sangre periférica” a su hijo Julián Alzate Palacio, nacido el 14 de mayo de 1990, para comprobar su condición de salud, pero fue negado al no estar autorizado en el POS (f. 9 cd. inicial).

Al señor Alzate Martínez le fue reconocida por el ISS pensión de invalidez de origen profesional en mayo de 1990 y, además, existe un beneficio pensional para su menor hijo que no se le reconocerá “hasta tanto no demuestre mediante pruebas médicas la invalidez de su hijo”.

El menor padece “síndrome de Down y requiere que se le practique ese examen para obtener un beneficio económico que mejore su calidad de vida”, pero su padre “no cuenta con los medios para sufragar el gasto que acarrea este examen” (f. 6 ib.).

Por ello se demanda la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, la salud y la vida del menor, y que, en tal virtud, se ordene a Susalud EPS la realización del examen “cariotipo en sangre periférica” que no está incluido en el POS y, “para evitar presentar tutela por cada evento”, que la atención se preste en forma integral, permanente y continua (f. 8 ib.).

B. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

1. Fotocopia del formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, de septiembre 25 de 2006, firmado por la enfermera auditora de la EPS Susalud (f. 9 ib.).
2. Copia del registro civil de nacimiento y de la tarjeta de identidad del menor Julián Alzate Palacio (fs. 10 y 11 ib.).

3. Copia del comprobante de pago a pensionados del ISS, correspondiente a julio de 2006, de Mario de J. Alzate Martínez, padre del menor, por valor de \$440.851 (f. 11 ib.).

4. Declaración de Mario de Jesús Alzate Martínez, donde testifica que vive en casa propia, tiene otros dos hijos y que solicitó pero no le fue expedida la orden para la práctica del examen en cuestión a su hijo Julián (f. 46 ib.).

C. Respuesta de la entidad demandada.

La apoderada de la Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A., Susalud EPS, en escrito de enero 12 de 2007, informó que Julián Alzate Palacio figura como afiliado al sistema general de seguridad social en salud como beneficiario, quien ha requerido una ayuda diagnóstica denominada “cariotipo en sangre periférica”, la cual no puede ser autorizada por Susalud ya que se encuentra fuera del POS.

Agregó que el párrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998, “en cuanto a la exclusión de tratamientos del Plan Obligatorio de Salud”, establece:

“Cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el P.O.S. deberá financiarlos directamente. Cuando no tenga capacidad de pago para asumir el costo de estos servicios adicionales, podrá acudir a las instituciones públicas y a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por sus servicios una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.”

Finalmente, manifestó que “en ningún momento se le ha negado la prestación de los servicios de salud requeridos para lograr el mejoramiento de ésta y de sus condiciones de vida” y solicitó que en caso de ordenar a Susalud EPS la realización del examen, “se le reconozca a mi representada el derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA por la totalidad de los valores que deba asumir”.

D. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia de enero 19 de 2007, el Juzgado Veinte Penal Municipal de Medellín denegó la tutela solicitada, transcribiendo en sus consideraciones algunos pronunciamientos en materia de salud y seguridad social de esta Corte, para concluir que “se infiere

claramente que no se ha violado derecho constitucional fundamental a JULIÁN ALZATE PALACIO, ya que no existe orden médica para el examen CARIOTIPO EN SANGRE PERIFÉRICA, por lo que se le recomienda al accionante, acuda a la EPS Susalud, con el fin de que en la red de especialistas adscritos a la entidad le dictaminen y recomienden el procedimiento a seguir” (f. 53 ib.).

E. Impugnación.

El apoderado de la parte demandante presentó escrito de impugnación, manifestando, entre otros argumentos, que “el equívoco en el que el Juzgado ha incurrido al manifestar que no fueron agotados los trámites necesarios para obtener la prestación de servicio de la Entidad accionada y así proceder a realizar el examen al joven Julián, que precisamente necesita ese examen con la finalidad de obtener del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES un beneficio esgrimido precisamente en los postulados de la Ley 100 de 1993, como es el de obtener un subsidio por la incapacidad que presenta y que sin dicho examen no podrá ser reconocido”.

F. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Decimotercero Penal del Circuito de Medellín resolvió en sentencia de marzo 2 de 2007 confirmar el fallo del a quo, con imprecisiones, al considerar que “lo que se pretende con el examen que se requiere es para lograr una prestación económica y no es que se esté vulnerando los derechos invocados a la vida, a la seguridad social y a la salud, pues el mismo no se requiere para mejorar su estado de salud, ni se está poniendo en riesgo la salud del menor”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para resolver este asunto, en Sala de Revisión, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Se determinará si en el presente caso Susalud EPS vulneró los derechos fundamentales a la

seguridad social, la salud y la vida del menor Julián Alzate Palacio, por no autorizar la realización del examen “cariotipo en sangre periférica”, necesario para determinar si es beneficiario de una prestación económica derivada de la pensión de invalidez de su padre, que fue negado por el ente demandado con fundamento en que se encuentra excluido del POS y que no ha sido prescrito por un médico adscrito a la mencionada EPS.

Tercera. La salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política establece cláusulas para determinar que personas merecen especial protección constitucional, frente a quienes la protección de derechos como a la salud es reforzada, debido al grado de vulnerabilidad que afrontan. Por ejemplo, frente a menores de edad, discapacitados y adultos mayores, la jurisprudencia constitucional ha establecido que su derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo¹.

El régimen constitucional de protección de la niñez tiene un complemento efectivo en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que sobre el particular han sido ratificados por Colombia, los cuales, según los términos del artículo 93 de la Constitución, prevalecen en el orden interno. En efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991, reconoce que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

Acatando el artículo 44 superior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho a la salud de los niños, por tener carácter fundamental, debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional, en caso de que sea vulnerado². Y en el artículo 49 de la Carta se consagra que la salud es un derecho y un servicio público, cuya prestación es organizada y coordinada por el Estado, que, en virtud del texto constitucional, debe garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

Quinta. Requisitos para ordenar servicios médicos, medicamentos o tratamientos no incluidos en el POS.

Esta corporación ha indicado, reiteradamente, que se desconocen los derechos a la

seguridad social y a la salud, en conexidad con la vida y la integridad física, a una persona que requiere una asistencia médica no incluida en el POS, cuando:

“(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud que impide que ésta se desarrolle en condiciones dignas;

(ii) ese servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS, que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario;

(iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a estos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a estos le cobre, con autorización legal la EPS; y

(iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento.”³

Se colige de lo anterior que la acción de tutela procede para la protección del derecho a la salud, cuando la vulneración de éste afecta derechos fundamentales como la vida, la dignidad y la integridad personal, sin consideración a que los servicios médicos solicitados no se encuentren incluidos dentro del POS.

En cuanto al diagnóstico, la Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que al negarse la realización de un examen de esta naturaleza, que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión, para así determinar el tratamiento necesario, se estarían poniendo en peligro los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social.

En el asunto analizado, la parte actora considera que la EPS demandada ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida del menor Julián Alzate Palacio, al no autorizar el examen “cariotipo en sangre periférica”, necesario para determinar si accede a un beneficio por incapacidad, por encontrarse excluido del POS y no haber sido formulado por un médico adscrito.

El tema también tendría relación con el derecho al diagnóstico, sobre el cual en sentencia T-366 de 1999 se observó que “el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye... reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente..., con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen”.

Sin embargo, no es posible homologar allí el caso ahora estudiado, pues el examen requerido es para determinar si de la enfermedad del menor deriva un subsidio económico, y eventualmente una futura sustitución pensional, no para determinar un tratamiento médico o cuál es la enfermedad o patología.

De otro lado, se procedió a realizar un sondeo en varios laboratorios especializados de Medellín para determinar el costo aproximado del examen “cariotipo en sangre periférica”, y se pudo establecer que el valor no excede de \$190.000, suma que, por una sola vez, no resulta inalcanzable para el actor, pensionado y poseedor de casa propia, además que con su realización aspira a un beneficio económico.

Tampoco existe orden de un médico adscrito que haya prescrito al joven dicho examen, que es otro de los presupuestos necesarios para inaplicar por vía de tutela las exclusiones del POS consagradas en la normatividad vigente.

De tal manera, no resulta factible en el asunto que ahora se analiza acceder al amparo demandado, no precisamente porque el examen prescrito se encuentre excluido del POS, sino porque va dirigido a la obtención de un beneficio adicional y a una expectativa de sustitución, no actual, y porque no fue dispuesto por un médico adscrito al ente demandado, requisito no se puede pretermitir, puesto que la relación paciente - EPS implica que el tratamiento asistencial lo dispongan facultativos que mantienen relación contractual con la empresa correspondiente, que en este caso no ha negado otra atención autorizada al menor Julián Alzate Palacio, como beneficiario de su padre en el sistema de seguridad social en

salud, siendo el médico tratante, adscrito a la EPS, quien puede disponer el tratamiento o prescribir el medicamento.

Finalmente ha de advertirse por esta Sala que la negación de la protección solicitada mediante esta acción de tutela, no impide que, si en el futuro se ordena por el médico tratante un examen similar al que se solicita para el menor Julián Alzate Palacio, habrá de resolverse lo pertinente por la EPS y a la mayor brevedad posible, conforme a la Constitución y la Jurisprudencia de esta corporación, sin que lo ahora decidido genere temeridad frente a una posterior acción de tutela acerca de la nueva eventualidad.

Por consiguiente, esta Sala confirmará la sentencia dictada el 2 de marzo de 2007 por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, que confirmó el fallo que negó el amparo.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo de 2007 por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, que confirmó el fallo de primera instancia que negó el amparo solicitado en representación del menor Julián Alzate Palacio, contra Susalud EPS.

Segundo. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-1081 de 2001 (octubre 11), M. P. Marco Gerardo Moroy Cabra; T-850 de 2002 (octubre 10), M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-859 de 2003 (septiembre 25), M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1331 de 2005 (diciembre 15), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

2 T-046 de 1999 (enero 29), T-622 de 2000 (mayo 16), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa ; T-1430 de 2000 (octubre 20), M. P. José Gregorio Hernandez Galindo.

3 Cfr. SU-480 de 1997 (septiembre 25), M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-819 de 1999 (octubre 20), M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-239 de 2004 (marzo 12) y T-1020 de 2006 (diciembre 1º), M. P. Jaime Córdoba Triviño; y T-202 de 2007 (marzo 20), M. P. Rodrigo Escobar Gil, entre muchas otras.