

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-No se ordena práctica de examen de diagnóstico por cuanto no se probó vulneración de derechos fundamentales por EPS

Concluye la Sala que los derechos a la salud y a la integridad personal del hijo de la accionante no fueron vulnerados por la entidad demandada. No obstante, se prevendrá a la madre del menor para que cumpla sus deberes para con su hijo, tomando las medidas necesarias que le aseguren a éste el acceso a los servicios de salud adecuados que requiera. También se le informará que el médico tratante del menor puede especificar el examen diagnóstico formulado, con el fin de que se sepa si está cobijado por el POS. Finalmente, también se prevendrá a la EPS para que en el evento de que el diagnóstico formulado por el médico tratante no se encuentre dentro del POS, agilice el trámite necesario para autorizar su práctica, luego de darle a la madre del menor la oportunidad de demostrar que en las condiciones actuales de la familia, carecen de capacidades económicas para sufragar los costos del examen diagnóstico no cubierto por el POS. En ese caso, la EPS ejercerá su derecho a pedir el reembolso del FOSYGA, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sin necesidad de una nueva acción de tutela.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1371539

Acción de tutela instaurada por Mélida Ramírez Celis contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006)

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.<sup>1</sup>

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

1.1. El 23 de marzo de 2006, Mélida Ramírez Celis interpuso acción de tutela en nombre de su hijo contra Coomeva EPS, por considerar que desconoce su derecho a la salud al negarse a autorizar la práctica del examen diagnóstico de “anticuerpos de la enfermedad celiaca”, que el menor necesita para poder determinar cómo enfrentar un “trastorno de crecimiento”, por no encontrarse dentro del Plan Obligatorio de Salud, POS. Según declaración de la madre rendida al juez, ni ella, ama de casa, ni su esposo, quien devenga un salario de ochocientos

mil pesos, pueden costear el examen, cuyo valor es de trescientos mil pesos.

1.2. Coomeva EPS participó en el proceso para indicar que el suministro de los anticuerpos solicitados no se puede autorizar por cuanto no están contemplados en el Plan Obligatorio de Salud y porque ni el paciente ni el médico tratante han presentado la historia clínica que justifique haber solicitado el examen anotado, “(...) no solo para conocer la patología que padece el paciente, su etiología, diagnóstico, tratamiento y evolución, sino para que justifique la realización de los exámenes, pues su realización no debe utilizarse simplemente para el conocimiento científico y confirmación de una ‘presunción diagnóstica’, sino para la determinación de la terapéutica (tratamiento) del usuario que redunde en su beneficio (...)”.

1.3. El Ministerio de la Protección Social participó en el proceso para señalar que con la información suministrada por la accionante no es posible determinar si el servicio de salud solicitado se encuentra contemplado dentro del Plan Obligatorio o no. Señala al respecto,

“En relación con los exámenes solicitados, es pertinente señalar que el término [anticuerpos de enfermedad celiaca] es muy vago; no obstante, le informo que los exámenes de anticuerpos que contempla el POS están descritos en la Resolución N° 5251 de 1994 en su artículo 74 del código 19081 al 19127.

Por tanto, es necesario que el médico tratante los describa como aparece en la norma, toda vez que algunos no se encuentran allí incluidos.”

## 2. Decisión de instancia

El 17 de abril de 2006, el Juzgado 19 Civil Municipal de Bucaramanga resolvió no tutelar los derechos del menor por considerar que no se había demostrado nada de lo dicho. Para la Juez, aunque en principio un caso como el presente debería ser tutelado de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, en el presente proceso no es posible, por cuanto la “(...) accionante no presenta documento alguno que respalde su dicho, como lo sería la historia clínica del menor, la solicitud y justificación del médico tratante, la negación del servicio y la calidad de la madre del menor.” La decisión de instancia no fue impugnada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## II. CONSIDERACIONES

1. La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de ‘fundamental’,<sup>2</sup> debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea vulnerado.<sup>3</sup> Este postulado responde, además, a la obligación que se impone al Estado y a la Sociedad de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, C.P.). En orden a lo anterior y en cumplimiento de su función de protección de los derechos constitucionales fundamentales, la Corte ha considerado que el amparo constitucional procede cuando se omite la práctica de una prueba diagnóstica que puede mejorar la salud de un menor aún cuando esté excluida del POS, pues con ella se determinan los orígenes de sus quebrantos de salud y se alivia el peligro que puede correr su vida.<sup>4</sup> Así, en el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se requiere pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.<sup>5</sup>

2. Con relación a la justiciabilidad de los servicios de salud no contemplados por el plan

obligatorio, la jurisprudencia ha señalado que ésta tiene lugar cuando (i) la falta del servicio vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio, o que pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando tal nivel sea necesario para proteger la vida y la integridad personal del paciente; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.<sup>6</sup>

3. En el presente caso, la Juez de instancia negó la tutela del derecho a la salud del menor, por considerar que no se aporta ningún elemento probatorio que demuestre lo dicho por la accionante, pese a las solicitudes de la Juez a la accionante en tal sentido.<sup>7</sup> No hay indicios que permitan establecer que la vida o la integridad personal del hijo de Mélida Ramírez Celis está en riesgo. En efecto, la accionante no aportó documento ni prueba alguna que demuestre que el menor está afectado en su salud, o que indique cuál es el malestar que padece o el tratamiento que se debe seguir. No hay prueba de que el menor haya sido o esté siendo atendido actualmente, ni orden de médico tratante alguno en tal sentido. De igual forma, no se prueba la incapacidad económica para asumir, por una vez, los trescientos mil pesos que según la accionante cuesta el examen requerido,<sup>8</sup> a pesar del interés de la Juez por corroborar los hechos, quien para tal efecto, la citó a declarar. Tampoco se aporta documento alguno que demuestre que Coomeva EPS haya negado un servicio de salud, hecho que para esta entidad, según su escrito, no ha ocurrido. Adicionalmente, la Sala tiene en cuenta que a pesar de que la Juez de instancia resolvió negar la tutela únicamente porque en el proceso no se demostró lo dicho por ella, ésta se abstiene de impugnar el fallo y aportar las pruebas solicitadas.

4. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, concluye la Sala que los derechos a la salud y a la integridad personal del hijo de la accionante, Mélida Ramírez Celis, no fueron

vulnerados por la entidad demandada. No obstante, se prevendrá a la madre del menor para que cumpla sus deberes para con su hijo, tomando las medidas necesarias que le aseguren a éste el acceso a los servicios de salud adecuados que requiera. También se le informará que el médico tratante del menor puede especificar el examen diagnóstico formulado, con el fin de que se sepa si está cobijado por el POS. Finalmente, también se prevendrá a la EPS para que en el evento de que el diagnóstico formulado por el médico tratante no se encuentre dentro del POS, agilice el trámite necesario para autorizar su práctica, luego de darle a la madre del menor la oportunidad de demostrar que en las condiciones actuales de la familia, carecen de capacidades económicas para sufragar los costos del examen diagnóstico no cubierto por el POS. En ese caso, la EPS ejercerá su derecho a pedir el reembolso del FOSYGA, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sin necesidad de una nueva acción de tutela.

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

#### RESUELVE:

Primero.- Confirmar el fallo proferido por el Juzgado 19 Civil Municipal de Bucaramanga dentro del proceso de acción de tutela de la referencia.

Segundo.- Prevenir a Mélida Ramírez Celis para que cumpla sus deberes para con su hijo, tomando las medidas necesarias que le aseguren a éste el acceso a los servicios de salud adecuados que requiera.

Tercero.- Informar a la accionante, señora Mélida Ramírez Celis, y a Coomeva EPS que el médico tratante del hijo de la accionante puede especificar el examen diagnóstico formulado, con el fin de que se sepa si está cubierto o no por el POS.

Cuarto.- Prevenir a Coomeva EPS para que en el evento de que el diagnóstico formulado por el médico tratante no se encuentre dentro del POS, agilice el trámite necesario para autorizar su práctica, luego de darle a la madre del menor la oportunidad de demostrar que en las condiciones actuales de la familia, carecen de capacidades económicas para sufragar los costos del examen diagnóstico no cubierto por el POS. En ese caso, Coomeva EPS podrá ejercer su derecho a pedir el reembolso del FOSYGA, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, sin necesidad de una nueva acción de tutela.

Quinto.- Para garantizar la efectividad de los derechos involucrados en el presente caso, el Juzgado 19 Civil Municipal de Bucaramanga, notificará esta sentencia dentro del término de dos días después de haber recibido la comunicación de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Le remitirá copia del fallo a la accionante y a Coomeva EPS.

Sexto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional



ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

2 Según la Constitución (art. 44), “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)”. Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. De otra parte, debe tenerse en cuenta que 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 superior, prevalecen en el orden interno. En efecto, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

3 Ver entre muchas otras las sentencias T-075 de 1996, SU- 225 de 1998, T-236 de 1998, T-286 de 1998, T-453 de 1998, T-514 de 1998, T-556 de 1998, T-784 de 1998, T-796 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-119 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000, T-610 de 2000, T-622 de 2000, T-1430 de 2000.

4 Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T- 477 de 2000, T-1166 de 2000, T-477 de 2000, T 1087 de 2001 y T-280 de 2002.

5 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 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POSS.

6 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del

servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la practicara del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.” Esta decisión, defendida por la jurisprudencia constitucional desde su inicio [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-548 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón)], sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis)].

7 Expediente, folios 12 y 20.

8 Con relación a la prueba de la incapacidad económica de la accionante y su marido, padres del menor que supuestamente requiere acceder a un servicio de salud necesario para no afectar sus derechos a la vida o a la integridad personal, la jurisprudencia constitucional, sin desconocer principios generales probatorios compatibles con las especificidades de la acción de tutela, ha establecido las siguientes reglas: (1) ‘no existe una tarifa legal en materia probatoria, respecto a la prueba de la incapacidad económica del accionante’; (2) ‘la carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la entidad demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos’; (3) ‘los jueces de tutela tienen el deber de decretar pruebas mediante las cuales se pueda comprobar la incapacidad económica alegada por el accionante; su inactividad al respecto, no puede conducir a que las afirmaciones del accionante sobre el tema, sean tenidas como falsas [o ‘no probadas’], y se niegue por tal razón, la protección de los derechos fundamentales solicitada’; (4) ‘ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de

beneficiario y no de cotizante, pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado'. Al respecto ver, entre otras, la sentencia T-811<sup>a</sup> de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).