

T-796-98

Sentencia T-796/98

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusiones y limitaciones

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Cubrimiento de cirugía que no tiene fines estéticos

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Alcance

PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental por conexidad

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Práctica de cirugía de transplante de prótesis ocular que se encuentra excluída

SUBCUENTA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Repeticón de EPS por sobrecostos

Referencia: Expediente T-182.745

Peticionaria: María Luz Mila García contra la Caja Nacional de Previsión Social, E.P.S., Seccional Risaralda.

Magistrado Ponente:

Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Para su revisión constitucional, fue remitido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Pereira el proceso de la referencia promovido por María Luz Mila García Nieto en representación de su menor hijo Diego Andrés Pérez, contra Cajanal E.P.S., Seccional Risaralda.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991, correspondió a la Sala Sexta

de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, revisar la sentencia proferida por el citado despacho judicial el 3 de septiembre de 1998.

I. ANTECEDENTES

La mencionada ciudadana promovió en representación de su hijo Diego Andrés Pérez García, acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a una vida digna, a la salud y a la seguridad social, con fundamento en los siguientes

HECHOS:

Manifiesta que el señor Israel Perez Bedoya, padre del menor, se encuentra afiliado a la EPS de Cajanal por el régimen contributivo, por lo que su menor hijo Diego Andrés tiene derecho a los servicios en seguridad social por parte de la citada entidad.

Señala que el 12 de marzo de 1998, su hijo recibió un proyectil en su ojo derecho propinado por un particular, por lo que sufrió la pérdida total del mismo. Por esa circunstancia, agrega que el menor ha recurrido a galenos de la Caja Nacional de Previsión, quienes lo están tratando, e incluso ya le han practicado algunas cirugías en la ciudad de Cali, y actualmente se encuentra en la etapa final de las intervenciones.

Afirma la peticionaria que en los próximos días le realizarán una cirugía para retirarle su ojo, siendo entonces necesario, por razones obvias, que se le implante una prótesis que le permita llevar una vida mas o menos normal. En esas condiciones, Cajanal ya les informó que no cubrirían el valor de la prótesis y que dicho gasto correría por cuenta de los padres del menor.

Según la actora, no disponen del dinero suficiente para pagar los \$800.000 que cuesta la prótesis, toda vez que su esposo no gana el mínimo pues es trabajador de oficios varios en el Colegio Industrial de ese municipio, y porque ha debido acudir a préstamos de dinero para atender los constantes traslados a Cali del menor. Y además, ella no trabaja en la actualidad.

En esas circunstancias, afirma que “salta a la vista que lo expuesto se traduce

inexorablemente en vulneración de sus derechos fundamentales citados, por cuanto al no tener nosotros dinero, nuestro hijo de escasos 12 años de edad tendrá que continuar viviendo con su parche en el ojo o tapándose lo no se con que, escuchando las constantes burlas de sus compañeros, en síntesis, no gozará de una vida digna y no podrá desarrollarse como persona normal, estará lleno de complejos y traumas que jamás lo dejarán tranquilo”.

En consecuencia, la accionante solicita que se le tutelen los derechos invocados de su menor hijo, y que en consecuencia, se ordene a la entidad accionada, practicarle la cirugía requerida para implantarle la prótesis en el ojo derecho.

II. EL FALLO QUE SE REVISA

Correspondió conocer de la demanda al Juzgado Segundo Civil Municipal de Pereira, el cual mediante sentencia de 3 de septiembre de 1998, resolvió no tutelar los derechos invocados por la peticionaria en nombre y representación de su hijo.

Señala el Juez que el beneficiario Diego Andrés Pérez está cobijado específicamente dentro del plan obligatorio de salud y por tanto, los servicios a que puede acceder son los señalados en el Decreto 1938 de 1994, artículos 11 y siguientes, donde no aparece incluido el suministro de prótesis ocular. Esta exclusión, afirma, impide al beneficiario acceder a dicho suministro porque su atención implicaría un tratamiento discriminatorio a su favor, lo cual va en contravía del sentido de equidad y de igualdad que busca la ley de seguridad social. No obstante, podría acceder a él mediante una cuota prepagada y bajo condiciones que se establezcan en la EPS y en la ley habiendo tomado un plan de atención complementario, que deberá ser cubierto por el afiliado.

Además, según el citado Juzgado, el beneficiario no está en una situación de inminente peligro de su vida para pretender que el derecho que afirma le está siendo violado tenga un carácter preferente y fundamental, sino que está sometido a una regulación legal a la cual debe someterse al igual que la EPS acusada. Aún más, afirma que según la respuesta suministrada por el médico retinólogo tratante, al menor ya se le han practicado dos cirugías y “el paso siguiente consiste en la rehabilitación de carácter cosmético, lo cual implica colocación de prótesis ocular removible sobre el lecho anoftálmico”, por lo que no existe violación actual como lo exige el artículo 86 de la Carta Política.

Por lo anterior, no es a juicio del juez, la tutela el mecanismo adecuado para obligar a las personas o funcionarios encargados del servicio público de salud a que obren por fuera de la reglamentación, cuando el derecho está sometido a esas directrices. Y en el presente asunto aparece evidente que la falta de la prótesis ocular en ningún momento significa que esté en peligro un derecho fundamental, razón por la cual concluye que no es procedente la tutela.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Pereira.

El asunto que se debate

Pretende la accionante, en representación de su hijo menor Diego Andrés Pérez, beneficiario del POS -régimen contributivo-, que mediante la tutela se le protejan sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social vulnerados por la Caja Nacional de Previsión Social EPS, al negarse a efectuarle la prótesis ocular que requiere a raíz de la pérdida de su ojo derecho, aduciendo que es un tratamiento excluído de cubrimiento por la EPS.

Obran dentro del expediente las siguientes pruebas que son esenciales para proferir el fallo de rigor:

a) Oficio suscrito por el Jefe de la División de Salud de CAJANAL EPS, fechado 25 de agosto del año en curso, donde manifiesta lo siguiente en relación con la situación de salud en que se encuentra el menor:

“(...) el niño Diego Andrés Pérez García sufrió trauma ocular severo, perdiendo su ojo, requiere ENUCLEACION y una PROTESIS OCULAR.

Dicha prótesis ocular no puede ser suministrada por Cajanal E.P.S. debido a que según el artículo 12 de la resolución 5261 está excluída del P.O.S.”.

b) Oficio remitido por el profesional médico del Servicio de Oftalmología de la Fundación Clínica Valle del Lili, doctor Felipe Betancourt, del 27 de agosto del presente año, donde indica:

“El paciente en referencia (Andrés Pérez García) ha estado bajo nuestra supervisión desde su accidente. A pesar de dos cirugías que le fueron realizadas, la severidad del trauma ocasionó la atrofia del globo ocular. El paso siguiente consiste en la rehabilitación de carácter cosmético, lo cual implica colocación de prótesis ocular removible sobre el lecho anoftálmico, procedimiento universalmente utilizado en estos casos. Es muy difícil precisar qué implicaciones en su desarrollo psicológico podría tener el hecho de no ser adaptada, sin embargo la apariencia al usarla es significativamente mejor”.

El derecho fundamental a la salud de los niños y el examen del caso concreto

En el caso sub examine, observa la Sala que lo que se pretende con la tutela es que por la amenaza de los derechos fundamentales del menor Diego Andrés, y por la situación económica en que se encuentran sus padres que les imposibilita asumir los costos de la intervención quirúrgica para realizar el transplante de prótesis que requiere en su ojo derecho, se ordene a la EPS accionada para que a través del plan obligatorio de salud, asuma “la rehabilitación de carácter cosmético” que éste requiere para su ojo derecho, “lo cual implica colocación de prótesis ocular removible sobre el lecho anoftálmico” (folio 24), no obstante estar excluida del P.O.S.

En efecto, el menor en cuyo nombre se ejerce la acción, ostenta la calidad de beneficiario del plan obligatorio de salud, el cual se le brinda a través de la Caja Nacional de Previsión, Seccional Risaralda. Este plan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7o. del Decreto 806 de 1998, se define como:

“... el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS, y entidades adaptadas, ESA, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el sistema general de seguridad social en salud”.

...

A través de este plan integral de servicios y con sujeción a lo establecido en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se debe responder a todos los problemas de salud conforme al manual de intervenciones, actividades y procedimientos y el listado de medicamentos (...)."

Por su parte, en el artículo 10 ibídem, se establecen las exclusiones del citado plan, en los siguientes términos:

"Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos (...)" (negrillas fuera de texto).

Así entonces, el plan obligatorio de salud establece una serie de exclusiones y limitaciones en cuanto a la cobertura del servicio, que comprenden, entre otras, las actividades, procedimientos e intervenciones que no tengan por objeto contribuir al tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, así como aquellos considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios.

Observa la Corte que según el concepto emitido por uno de los médicos del Servicio de Oftalmología de la Fundación Clínica Valle del Lili, al menor se le realizaron varias cirugías, las cuales no lograron la recuperación plena y total de su oído derecho. Y agregó el citado profesional, que la severidad del trauma ocasionó la atrofia del globo ocular, lo que requiere de rehabilitación de carácter cosmético; y además, "es muy difícil precisar qué implicaciones en su desarrollo psicológico podría tener el hecho de no ser adaptada, sin embargo la apariencia al usarla es significativamente mejor".

Ahora bien, cabe preguntarse si por el hecho de tratarse de una cirugía o rehabilitación de carácter "cosmética" que está excluida del Plan Obligatorio de Salud, es admisible la negativa de la accionada de suministrarle al menor la prótesis que requiere para garantizar y

proteger su derecho a la salud y a la dignidad humana.

En orden a resolver el interrogante planteado, es conveniente mencionar que en un asunto similar al que ahora ocupa la atención de esta Sala, tuvo oportunidad de expresar la Corporación, sentencia No. T-102 de 1998, MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell, lo siguiente:

“Una cirugía como la que demanda la actora de Coomeva E.P.S., en principio, puede ser considerada como una “cirugía estética”, y por lo tanto excluida del P.O.S. Sin embargo, en el caso concreto no tiene esta connotación, porque de los antecedentes que obran dentro del proceso se deduce claramente que la referida cirugía no la reclama la demandante con fines meramente estéticos, sino con el propósito de poner fin o mejorar a las graves dolencias que la afectan, tal como lo certifican los médicos tratantes”.

....

La demandante tiene una enfermedad que le produce dolor, y la cirugía que aconsejan los profesionales de la salud consultados, es el medio indicado para asegurar que pueda disfrutar de una vida digna, ajena a una forma de trato inhumano, cruel y degradante.

A este respecto la Corte¹ ha expuesto lo siguiente:

“Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana...”

3. En conclusión, encontrándose afectado el principio de la dignidad humana y el derecho fundamental a no ser objeto de tratos inhumanos crueles o degradantes, es procedente la tutela impetrada” (negrilla y subrayas fuera de texto).

Ahora bien, examinado el expediente, obra a folio 24 el oficio remitido por el médico Felipe

Betancourt, adscrito al Servicio de Oftalmología de la Fundación Clínica Valle del Lili, en el cual manifiesta que “la severidad del trauma ocasionó la atrofia del globo ocular. El paso siguiente consiste en la rehabilitación de carácter cosmético, lo cual implica colocación de prótesis ocular removible sobre el lecho anoftálmico, procedimiento universalmente utilizado en estos casos”.

Igualmente como ya se indicó, el mismo médico en la historia clínica del paciente, y particularmente en el resumen de egreso de la Fundación Clínica Valle del Lili, de 27 de marzo de 1998 manifiesta que “se decide dar salida al paciente por encontrar una evolución satisfactoria; continuará con sus antibióticos por vía oral y se programará para cirugía vitrea completa al completar diez días del trauma penetrante”.

En consecuencia, con fundamento en las pruebas que obran dentro del proceso, y atendiendo los problemas que viene sufriendo el menor como consecuencia del accidente que sufrió, estima la Sala que la cirugía que requiere el beneficiario, cuyo padre (que es el afiliado) viene cotizando a Cajanal desde el 2 de diciembre de 1996, tiene como finalidad esencial, garantizar el derecho a la integridad física y a la dignidad humana, afectados por la pérdida de su ojo derecho, y busca proteger al mismo de tratos inhumanos, crueles y degradantes, prohibidos constitucionalmente.

Cabe agregar que, además del dolor físico que puede sufrir el menor por la pérdida de su ojo, se encuentra el psicológico, generado por el entorno social que lo rodea, lo que justifica el amparo constitucional demandado por vía de tutela.

Así mismo, no puede dejarse de lado la información del médico tratante al juzgado de instancia, acerca de la colocación de la prótesis ocular que requiere el menor en su ojo derecho, es el procedimiento universalmente utilizado en estos casos, el cual, según se afirma en la demanda, no puede ser cancelado directamente por los padres del niño por su precaria situación económica.

Por consiguiente, a juicio de la Corte, resulta evidente que por tratarse de los derechos fundamentales del niño a su salud, a la seguridad social y a la dignidad humana, se dan los presupuestos necesarios para conceder la tutela formulada.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, son derechos

fundamentales de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, además de que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así entonces, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños adquieren por disposición expresa del constituyente, la calidad de fundamentales.

Al respecto, en sentencia No. T-556 de 1998, MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, dijo la Corte en relación con los derechos de los niños, lo siguiente:

“-El derecho a la salud, cuando se trata de niños, es derecho fundamental sin necesidad de que se establezca conexidad con el derecho a la vida.

Así lo ha expresado la Corte, entre otras, en las sentencias T-068 del 22 de febrero de 1994 y T-514 del 21 de septiembre de 1998 (M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

-Además del derecho a la salud, en el caso de los niños tienen el rango de fundamentales, según la Constitución (art. 44), los derechos a la integridad personal, a la seguridad social y al desarrollo armónico e integral.

-Los derechos de los niños, como lo expresa sin rodeos el artículo 44 de la Constitución Política, prevalecen sobre los derechos de los demás.

...

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, aprobado por Ley 74 de 1968, estipula en su artículo 24 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

-Sobre el interés superior del niño, ha de reiterarse lo dicho por la Corte en el sentido de que se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles 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 por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad (Cfr. sentencias

T-408 del 14 de septiembre de 1995 y T-514 del 21 de septiembre de 1998)”.

Por su parte, en relación con la dignidad humana, advirtió la Corte en la misma providencia, que:

“Es que el concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas.

En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (art. 93 C.P.).

La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es “un fin en sí misma”. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.

Ese concepto se traduce en la idea, prohijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la Constitución califica de fundamentales -intrínsecos a la persona- si a un individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano. Es decir, cuando, como en los casos materia de examen, personas menores deben afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico en condiciones de desamparo”.

De otro lado, es pertinente manifestar que si bien es cierto la administración está sujeta al principio de legalidad en su actividad, ella no puede oponerse a hacer efectivo el mandato constitucional que impone darle prevalencia a los derechos fundamentales de los niños, reconocidos como tal por el ordenamiento superior, y en particular, por el principio del Estado social de derecho. En consecuencia, en el caso concreto del menor cuya protección se

solicita, se requiere garantizar la aplicación efectiva de las normas constitucionales que amparan los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física, a la salud, y en particular, los derechos de los niños, los cuales no pueden supeditarse a criterios meramente legales, que al ser evaluados frente a principios, derechos y valores constitucionales, al tenor del artículo 4o. superior, quedan subordinados a ellos, e implican por lo tanto, que la administración deba darle aplicación concreta a las normas superiores, por encima de las legales.

Es importante precisar, que como en múltiples ocasiones lo ha sostenido esta Corporación, si bien la seguridad social en salud no es un derecho fundamental de aplicación inmediata, se erige como tal, y por ende es susceptible de amparo por parte del juez de tutela, cuando por la trascendencia de sus alcances resulta imprescindible para la protección de otros derechos considerados esenciales e inherentes a la persona humana, como la vida, la dignidad humana y la salud de los niños.

Por lo tanto, estima la Sala que la cirugía de transplante de prótesis ocular que demanda el menor Diego Andrés Pérez García, no obstante estar excluida del Plan Obligatorio de Salud, en la medida en que a través de ella se pretende garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del niño a una vida digna, a su integridad física y a la salud, debe ser realizada por la Empresa Promotora de Salud accionada, pues como lo indicó el Médico del Servicio de Oftalmología de la Fundación Clínica Valle del Lili, es el procedimiento universalmente utilizado en estos casos, y por ende, es el medio indicado para asegurarle al menor que pueda disfrutar de una vida digna, ajena a un trato inhumano, cruel y degradante, la cual se ha visto afectada, en la medida en que por la falta de la intervención quirúrgica ha tenido que “llevar permanentemente un parche sobre su ojo, lo que le ha generado problemas psicológicos, como complejos y traumas por las constantes burlas de sus compañeros.”

Cabe recordar al respecto, lo expresado por la Corporación en la sentencia No. T-499 de 1992 (MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), según la cual “una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente

a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, y desconoce el principio de la dignidad humana”.

En esas condiciones, es claro que la cirugía requerida por el menor Diego Andrés Pérez tiene fines curativos y de rehabilitación, y encuadra dentro del concepto de salud como derecho fundamental, por su conexidad con la dignidad humana, la vida en condiciones dignas y los derechos de los niños. En consecuencia, no obstante que dicha cirugía de transplante de prótesis ocular está excluida del catálogo establecido por el artículo 10 del Decreto 806 de 1998, ello no es razón suficiente para denegar la pretensión cuando están de por medio los derechos constitucionales fundamentales de los niños, y por ende, la asistencia quirúrgica y médica necesaria para la rehabilitación del menor, de preferente aplicación.

Y es que a juicio de la Sala, como ya se indicó, frente al conflicto que surge entre la aplicación de normas legales -los artículos 12 de la resolución 5261 de 1994 y 10 del Decreto 806 de 1998-, y las disposiciones constitucionales que buscan garantizar el acceso a una atención en salud integral -artículos 11, 12, 44, 48 y 49-, debe hacerse prevalecer lo dispuesto en el artículo 4o. superior, por lo que en tales casos deben inaplicarse los preceptos de inferior jerarquía, si están de por medio los principios y valores fundamentales como la dignidad humana y la calidad de vida. Por lo tanto, en el asunto sub examine, se inaplicarán los citados preceptos legales por su manifiesta y ostensible violación de los artículos 11, 12, 44 y 49 de la Carta Política.

Sobre este particular, expresó la Corte en sentencia No. T-556 de 1998, MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en un asunto similar, que:

“En primer lugar, la Corte Constitucional repite que la aplicación de la Carta Política es preferente, aun en presencia de normas inferiores que en apariencia tengan un carácter imperativo, pero que en realidad la contradicen de manera protuberante, a tal punto que son incompatibles con ella.

De otro lado, debe recalcar que el juicio que está llamado a hacer el juez de tutela no es de naturaleza legal, ni termina en la verificación de las reglas que en cierta materia haya consagrado el legislador. El poder de éste es constituido, sometido al Estatuto Fundamental del Estado, subalterno, sujeto al examen constitucional; la tarea del fallador, por eso mismo, es lograr la plena efectividad de la Constitución frente a la misma ley y en relación con las

acciones u omisiones de las autoridades públicas (no sólo las legislativas sino también las ejecutivas y jurisdiccionales) y, eventualmente, respecto de aquellas provenientes de los particulares que se aparten de la preceptiva suprema o que la desobedezcan o quebranten.

Ahora bien, puede ocurrir que la acción o la omisión del demandado en el proceso de amparo constitucional esté cobijada o protegida por una norma legal o reglamentaria, pero tal situación no descarta de plano la posibilidad de que se estén desconociendo los preceptos constitucionales. Si ello es objeto de discusión o conjetura por no ser palmario el choque con la Carta Política y, por ende, apenas susceptible de la resolución a cargo de quien goza de autoridad para fijar el alcance de los preceptos superiores (en el caso de las normas señaladas en el artículo 241 de la Carta Política, la Corte Constitucional), no hay más remedio que aplicar la norma inferior, aunque un razonamiento plausible la muestre contraria a los fundamentos del orden jurídico, a la espera de que el juez constitucional decida.

Pero si, a la inversa, lo que se tiene es una disposición, legal o de otro orden, que de manera ostensible, clara e indudable -prima facie- viola la Constitución, el precepto subalterno cede y se ha de inaplicar, no porque lo quiera el funcionario respectivo sino en cuanto lo manda el Constituyente, y a cambio de su dictado deben hacerse valer las normas de la Constitución con las cuales la regla subalterna colide.

...

Así las cosas, en el presente caso no han debido los jueces de tutela conformarse con apreciar la actuación del Instituto de Seguros Sociales respecto de las normas legales y reglamentarias, sino que por su parte habría sido pertinente a la vez comparar dichos preceptos con los valores, principios y reglas constitucionales. Pero no solamente era necesario haber hecho esa comparación, sino que para los efectos de la acción de tutela, en caso de encontrar que existía una incompatibilidad entre las disposiciones legales y reglamentarias y las de estirpe constitucional, los jueces han debido esclarecer si dicha pugna de normas comportaba la violación de un derecho fundamental.

.....

La Sala considera que en tratándose de los niños con problemas físicos y síquicos, siempre que estén probados, las normas que restringen el suministro de sillas de ruedas, o de otros

implementos de su misma índole, en el Plan Obligatorio de Salud, desconocen los citados preceptos constitucionales en la medida en que no tienen en cuenta la especial protección que la Carta ha querido brindar a los menores, ya que para ellos ha elevado a rango fundamental los derechos a la salud y a la seguridad social. Lo anterior aunado a que las niñas para las que se solicitan dichos aparatos padecen discapacidades físicas y síquicas, lo que implica que el Estado, en aplicación del principio de igualdad, debe proporcionarles una atención especial.

La Sala encuentra que las normas constitucionales con las cuales pugnan las de rango legal y reglamentario involucran derechos fundamentales de los niños a la salud, a la integridad personal y a la seguridad social, consagrados expresamente en el artículo 44 de la Constitución, en concordancia con el derecho a la igualdad real y efectiva (artículo 13 ibídem), motivo por el cual resulta viable la acción de tutela para lograr la protección de los derechos invocados.

En este orden de ideas, la Sala inaplicará las disposiciones en las cuales se amparó el Instituto de Seguros Sociales para negar la dotación de las sillas de ruedas a las niñas BEATRIZ ELENA BETANCUR PEÑA y JULY MARCELA RAMIREZ BARRETO. En consecuencia, se ordenará a esa entidad que suministre los aparatos según las especificaciones médicas”.

En razón de lo anterior, se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, la revocatoria del fallo materia de revisión, y en su lugar, se concederá la tutela de los derechos fundamentales del niño Diego Andrés Pérez a la vida digna, a su integridad física, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes y a la salud, y en consecuencia, se ordenará a CAJANAL EPS, Seccional Risaralda, que en un término no superior a los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a programar la práctica de la cirugía de colocación o transplante de prótesis ocular al menor.

Adicionalmente, es importante advertir que CAJANAL EPS, puede repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, para que este, tratándose de una obligación a cargo del Estado, y no de la EPS, le reembolse las sumas que deba pagar en orden a efectuar la cirugía de transplante de la prótesis ocular.

Para ello, en orden a garantizar la eficacia y viabilidad del sistema de seguridad social en salud, se ordenará al Fosyga que a más tardar, dentro de los cinco (5) días siguientes a la

realización por parte de la EPS accionada de la intervención quirúrgica al menor Diego Andrés Pérez, a través de la cual se le coloque la prótesis ocular removible, y previa solicitud de reembolso formulada por la EPS con los respectivos soportes, le reintegre efectivamente a Cajanal EPS las sumas canceladas para los citados efectos.

Sobre este particular, estima la Sala de especial importancia, señalar, como ya lo había hecho en anterior oportunidad², que no se puede dejar pasar en forma desapercibida la situación actual en que se encuentra el sistema de seguridad social en salud, por el desequilibrio estructural existente entre el Estado y las Empresas Promotoras de Salud.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las personas, ha llevado a una situación en virtud de la cual, por dar cumplimiento al objetivo fijado por el constituyente en relación con el derecho a la salud y su conexidad con derechos como la vida y la dignidad humana, y su garantía a todas las personas a través del plan de atención básico en salud -POS-, las Empresas Promotoras de Salud se han visto en la obligación de garantizar la realización de intervenciones, el otorgamiento de medicamentos y otras prestaciones, a pesar de estar expresamente excluidas de dicho plan, todo ello, como se indicó, por dar cabal aplicación a la garantía constitucional de los derechos fundamentales. Claro está, la Corporación siguiendo las normas superiores y legales, ha reconocido en estos casos el derecho que las EPS tienen a que el Estado, por intermedio del Fosyga, les reembolse oportunamente las sumas que deban cancelar para atender el tratamiento, intervención o medicamentos cuando estén excluidos del plan.

No obstante, por la falta de una adecuada reglamentación por parte del Ministerio de Salud para fijar el procedimiento general que se debe seguir para que las EPS puedan reclamarle al Fosyga el reintegro de las sumas pagadas cuando la prestación que deben suministrar esté por fuera del POS, dentro de unos términos y en unas condiciones que garanticen la efectividad del sistema, y eviten poner en peligro los derechos fundamentales de las personas afiliadas y usuarias del sistema de seguridad social en salud, que frente a la negativa de las EPS a otorgarlas por las causas mencionadas, se ven avocadas a acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Finalmente, cabe señalar que aunque en las sentencias donde se ordene a una EPS asumir

un tratamiento excluido del POS no se diga expresamente que tienen derecho al reembolso de las sumas pagadas, es un derecho legítimo que estas tienen, tal como lo dispone el Decreto 806 de 1998, sin necesidad de acudir para ello a las vías ordinarias.

IV. DECISION

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

R E S U E L V E :

Primero. REVOCAR la sentencia de 25 de junio de 1998 proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Pereira, y en su lugar conceder la tutela de los derechos constitucionales fundamentales del menor Diego Andrés Pérez García a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física y a la salud vulnerados por la Caja Nacional de Previsión EPS, Seccional Risaralda.

Segundo. INAPLICAR, para el caso concreto que fue objeto de examen por esta Sala de Revisión, los artículos 12 de la Resolución 5261 de 1994 y 10 del Decreto 806 de 1998, en cuanto restringen la posibilidad de suministro de la prótesis que el menor Diego Andrés Pérez requiere para la garantía y protección de sus derechos constitucionales fundamentales.

Tercero. Ordenar a CAJANAL EPS, Seccional Risaralda, que en un término no superior a los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, programe la práctica de la cirugía de colocación o transplante de prótesis ocular al menor Diego Andrés Pérez.

Cuarto. Lo anterior es sin perjuicio de que la Caja Nacional de Previsión, EPS Seccional Risaralda, pueda repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, a fin de que le reintegre las sumas canceladas para los citados efectos, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 de 1998.

Quinto. Exhortar al Ministerio de Salud para que reglamente a la mayor brevedad, el procedimiento general que se debe seguir para que las EPS puedan reclamarle al Fosyga el reintegro de las sumas pagadas cuando la prestación que deben suministrar esté por fuera del POS, dentro de unos términos y en unas condiciones que garanticen la efectividad del sistema y los derechos fundamentales de los usuarios, así como de las EPS.

Sexto. Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1Corte Constitucional. Sentencia No. T-499 de 1992 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

2 Corte Constitucional. Sentencia No. SU-480 de 1997. MP. Dr. Alejandro Martinez Caballero.