

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Cirugía de ojo/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Realización de cirugía sin cumplir periodo mínimo de cotización

En conclusión, se afectan los derechos constitucionales fundamentales de un menor cuando, como ocurre en el presente caso, se le niegan tratamientos ordenados por el médico tratante, tales como: “Extracción de catarata, implante de lente intraocular, vitectromía anterior, sutura de herida de cornea y sinequiotomía de ojo izquierdo”; tratamientos indispensables para enfrentar lesiones sufridas por ese niño menor de dos años. En cuanto al número de semanas cotizadas, que como es sabido influyen en la prestación de ciertos servicios, la Corte ha estimado constitucional tal exigencia, pero no es posible alegar la carencia de semanas cotizadas en caso de urgencia (C-112/98), porque en esta situación el servicio se debe prestar y la EPS puede repetir contra el FOSIGA; sin embargo hay que tener en cuenta: si no está de por medio la vida, el trabajador afiliado debe afrontar el valor de las semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos.

Referencia: expediente T- 444647

Peticionaria: Nelly Botia

Procedencia: Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Chia

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil uno (2001).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra quien la preside, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado el 22 de febrero de 2001 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chia, en la tutela interpuesta por Nelly Constanza Botia contra COOMEVA EPS.

## ANTECEDENTES

1. Nelly Botia instauró acción de tutela, en nombre de su hijo de dos años: JONATHAN STEVEN RODRIGUEZ BOTIA.

2. Dice que su hijo sufrió un accidente y se lesionó de manera delicada el ojo izquierdo. Agrega que el médico tratante en COOMEVA EPS, entidad a la cual está afiliada la señora Botía, teniendo como beneficiario a su hijo menor, ha indicado que el trauma sufrido por el niño requiere de un tratamiento consistente en extracción de catarata, implante de lente intraocular, vitrectomía, sutura de la herida de córnea, sunequiotomía OI de carácter urgente.

3. COOMEVA se ha negado a practicar el tratamiento. Reconoce que el 9 de enero de 2001 el menor Jonathan Rodríguez Botía acudió a urgencias por trauma corneal penetrante, que se le ordenó una cirugía y que la madre del afectado, señora Nelly Botía, está cubierta por el POS y está a paz y salvo en cuanto a cotizaciones. Sin embargo, según la EPS, la señora Botia solamente ha cotizado doce semanas porque otras semanas anteriores que había cotizado las perdió en razón de que transcurrieron seis meses continuos en suspensión de la afiliación. Agrega COOMEVA que la extracción de catarata mas el lente intraocular requieren de 52 semanas de cotización al sistema y como tal período mínimo no se ha cumplido la cotizante deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento.

4. Dice la peticionaria que ella devenga el salario mínimo, luego no puede cancelar dinero alguno y, en consecuencia solicita, mediante tutela, que se ordene a la EPS autorizar la cirugía porque al no hacerlo se afecta la salud del niño, en conexidad con el derecho a la vida.

## PRUEBAS

Aparecen en el expediente las recetas y órdenes del médico tratante, el registro de nacimiento del menor, la posición de la EPS, en el caso concreto. También obra en el expediente un informe de auditoría médica en el cual se reitera que la cotizante no ha llegado a las 52 semanas mínimas y que el menor requiere de los siguientes procedimientos

señalados por el médico oftalmólogo: “Extracción de catarata, implante de lente intraocular, vitectomía anterior, sutura de herida de cornea y sinequiotomía de ojo izquierdo”.

## SENTENCIA OBJETO DE REVISION

Lo es la proferida el 22 de febrero de 2001 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía, que negó la tutela porque la Resolución 5261 de 1994 estableció que para patologías como las sufridas por el menor Rodríguez Botía se requiere haber cotizado mínimo 52 semanas y esto no se ha cumplido en el presente caso.

## CONSIDERACIONES JURIDICAS

### A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en los artículos 86, inciso 2° y 241 numeral 9° de la C. P., en el decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

### B. TEMAS JURIDICOS

1. La Constitución en su artículo 44 dice que tratándose de niños el derecho a la salud y a la integridad física es fundamental. En la sentencia T-494 de 1993, dijo la Corte lo siguiente:

“El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.

Sobre esta protección especial para los menores, en cuanto a la salud y la integridad física, la Corte se ha pronunciado en muchas ocasiones, están entre otras las sentencias T-941/2000, T-556/98, T-514/98, T-748/98, luego la tutela cabe cuando esos derechos de los niños son afectados. Con mayor razón prospera la tutela si el derecho a la salud, en el caso concreto, está en conexión con el derecho a la vida. Sobre estos aspectos ha dicho la Corte

que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable” (T-494/93), en la medida en que sea posible (T-395/98). Implica una acción de conservación y otra de restablecimiento (T-597/93). Por tal motivo, La Corte ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad el derecho, sino también en circunstancias de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del derecho a la vida y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente ese derecho o la calidad de vida de las personas atendiendo cada caso específico (T-260/98).

2. La razón que esgrime la EPS encargada de atender a ese niño (beneficiario de una de sus usuarias adscritas al régimen contributivo), es la de que no se han cotizado las semanas suficientes. Al respecto hay que recordar la posición jurisprudencial:

En cuanto al número de semanas cotizadas, que como es sabido influyen en la prestación de ciertos servicios, la Corte ha estimado constitucional tal exigencia, pero no es posible alegar la carencia de semanas cotizadas en caso de urgencia (C-112/98), porque en esta situación el servicio se debe prestar y la EPS puede repetir contra el FOSIGA; sin embargo hay que tener en cuenta: si no está de por medio la vida, el trabajador afiliado debe afrontar el valor de las semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos.

Pero, se vuelve a repetir, que si está de por medio la vida (en el contexto que le ha fijado la jurisprudencia), y el cotizante no tiene recursos económicos, surge una alternativa: o puede acudir a las instituciones públicas y a las privadas con las cuales el Estado haya contratado, o se puede acudir a la EPS que debe dar el tratamiento repitiendo, conforme se ha indicado, contra el FOSIGA (T-016/99 y T-214/2000).

Sobre este tema de los períodos mínimos de cotización, la T-945/2000 recoge y ratifica jurisprudencia :

“En concordancia con las limitaciones financieras del sistema y en aras de lograr una correcta financiación del plan de salud, se pueden establecer, en principio, periodos mínimos de carencia para tener derecho a la prestación de determinados servicios o el reconocimiento de prestaciones económicas (inciso segundo del artículo 164 de la ley 100), con la restricción, según la jurisprudencia constitucional, de que dichos períodos mínimos no se pueden exigir cuando estén de por medio derechos fundamentales”<sup>1</sup>.

A su vez, la sentencia SU-819 de 1999 aclara que la aplicación estricta del Decreto 806 de 1998, relativo a la exigencia de cumplir un número mínimo de semanas cotizadas al sistema para tener derecho a los tratamientos correspondientes a determinadas enfermedades, puede vulnerar o amenazar los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quien lo requiere<sup>2</sup>.

A su vez, la sentencia T-691 de 1998, señala requisitos para la prosperidad de la tutela en estos casos, partiendo de la base de la inaplicación, según el caso concreto, del artículo 164 del decreto 806 de 1998:

“En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que la aplicación sin contemplaciones del decreto 806 de 1998, reglamentario de la ley 100 de 1993, acogiendo los mandatos de su artículo 164, vulnera el derecho constitucional a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento sometido a un mínimo determinado de cotizaciones al sistema cuando: 1.- la falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; 2.- ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; 3.- el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie y 4.- el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”.

En conclusión, aunque falte la acreditación de las 100 o 52 semanas mínimas, se puede exigir la prestación del servicio siempre y cuando ocurran las anteriores circunstancias. En la T-1169/2000 se agregó:

“3.3. En otros términos, una Entidad Promotora de Salud, frente a sus afiliados, sean estos cotizantes, beneficiarios, o beneficiarios adicionales, no puede abstenerse de autorizar tratamientos catalogados como de alto costo, bajo el argumento de que es necesaria la acreditación del requisito de las cien (100) semanas mínimas de cotización, pues es claro que si un afiliado no cumple este requisito, y la persona no tienen la capacidad económica para sufragar el valor de éste, según la porción legal correspondiente, será el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA- el que ha de asumir los costos de éste. En estos

casos, la entidad promotora debe prestar el servicio, y posteriormente repetir contra el mencionado fondo, para obtener el reembolso correspondiente. Sólo así, se puede garantizar la prevalencia y el respeto del derecho a la vida y del principio de dignidad humana, fundamento mismo del Estado Social de Derecho.

## CASO CONCRETO

Está demostrado que se trata de un niño de dos años que requiere de un tratamiento porque al sufrir una caída se le afectó un órgano vital como es el de la visión. La grave afectación a la integridad física de ese menor no puede dejarse sin solución sino que hay necesidad de practicarle los procedimientos médicos (entre ellos una operación) que el médico tratante ha ordenado. Es decir, se dan dos de los requisitos indicados en la T-691/98. Otro de los requisitos (no haber tratamiento sustitutivo) se colige de las cirugías ordenadas por el médico tratante.

La EPS encargada de la prestación del servicio no ha puesto en tela de juicio ni la lesión, ni la necesidad del tratamiento, ni que la madre del menor es usuaria y el niño es beneficiario. El argumento que esgrime es el de que se requiere 52 semanas de cotización y que hasta el instante en que debía practicarse la operación solamente se contabilizaban 12 semanas ( en la segunda quincena de enero de 2001) ya que otras anteriores las había perdido la usuaria al existir una interrupción superior a los seis meses.

La tutela fue instaurada el 12 de febrero de 2001, pocos días después de la negativa de COOMEVA EPS a practicar algunas intervenciones que el médico había determinado. La peticionaria pone de presente que solamente devenga el salario mínimo, cuestión que la EPS no ha probado en contra. Es mas, si el tratamiento que requiere el niño aún no se ha practicado, esto demuestra que la madre no ha podido contribuir económicamente para su realización.

Demorar la práctica de las intervenciones que el niño requiere hasta cuando se cumplan las cincuenta y dos semanas de cotización (ya que la madre no tiene medios económicos para contribuir porcentualmente en los gastos que el tratamiento implica) es algo que viola los derechos fundamentales del menor. Por consiguiente, se tendrá en cuenta lo determinado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es decir, se ordenara que la EPS cumpla con lo ordenado por el médico tratante y que repita contra el FOSIGA por el porcentaje, teniendo

en cuenta las semanas faltantes al instante en que se practiquen los tratamientos médicos.

DECISION

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia objeto de revisión y en su lugar CONCEDER la tutela por los motivos expuestos en la parte motiva del presente fallo y con las consideraciones allí expresadas.

SEGUNDO. ORDENAR a COOMEVA E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho horas proceda a efectuar los tratamientos que el médico tratante indicó para el menor JONATHAN STEVEN RODRIGUEZ BOTIA.

TERCERO. Por Secretaría líbrense las comunicaciones indicadas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. Pero, de inmediato la Secretaría de la Corte Constitucional enviará a COOMEVA EPS copia de esta sentencia para su cumplimiento.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria

1 Sentencia SU-819/99. MP. Alvaro Tafur Galvis.

2 Se remite, entre otras, a las sentencias T-691 de 1998, T-628 de 1998, T-385 de 1998, T-497 de 1997 y T-236 de 1996.