

Sentencia T-886/08

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Implica la posibilidad de reclamar la atención que requieran así esté excluida del POS

Consecuencia directa de la calificación de derecho fundamental autónomo que se le ha reconocido al derecho a la salud de los niños es que los menores pueden reclamar aquella atención que requieran para reestablecer su salud física, independientemente de que la prestación correspondiente se encuentre o no incluida en el Plan Obligatorio de Salud que les corresponda.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reglas cuando se presentan casos de multifiliación simultánea en los regímenes contributivo y subsidiado

LEY 1122 DE 2007-Concedió facultades a la Superintendencia de Salud para conocer y fallar los conflictos en materia de multifiliación dentro del sistema de salud

ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial previsto en la ley 1122 de 2007 en materia de multifiliación dentro del sistema de salud

Las necesidades de atención en salud no son iguales en todas las personas y situaciones. En ciertas oportunidades, los tratamientos, medicamentos o procedimientos revisten mayor urgencia que en otros, por el diferente grado de compromiso en que pueda estar la vida o la dignidad de quien lo requiere. Por tal razón, la vía de la acción judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud puede revelarse como eficaz en algunos casos de menor urgencia, en los cuales los servicios no deban suministrarse de inmediato. En otros, como en el presente, debe privilegiarse el mecanismo de defensa judicial que responda con mayor eficacia dada la urgencia de la situación, es decir la necesidad de responder prontamente con el suministro del servicio requerido.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Suministro de procedimiento médico a la menor de dos años que sufre de un problema cardiaco

DERECHO A LA SALUD-La solución de casos de multifiliación no pueden afectar la interrupción o suspensión del servicio de salud/SERVICIO DE SALUD-Diferencia entre relación jurídico-formal y relación jurídico-material

La aplicación de esta fórmula legal de solución de casos de multifiliación no puede redundar en la interrupción o suspensión de la prestación del servicio de salud, cuando el mismo es requerido por un usuario, que manera tal que la ausencia del mismo comprometa su vida o su salud en condiciones dignas. En otras palabras, si dicha interrupción o suspensión compromete estos derechos fundamentales, los problemas administrativos originados por la situación de multifiliación no deben interferir la continuidad del tratamiento. Por ello mismo, la jurisprudencia ha distinguido entre la relación jurídico - formal (es decir el vínculo jurídico entre el usuario y institución) y la relación jurídico - material (es decir la prestación del servicio médico por una institución a un usuario); y a partir de esta distinción ha concluido que "una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación

jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Multiafiliación de la menor con una EPS y una ARS

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Obligación de la ARS de suministrar el procedimiento médico que requiere la menor para su afección cardíaca

Referencia: expediente T-1929082

Acción de Tutela instaurada por Mónica Marcela Ruiz Murillo contra Coosalud ARS.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el día siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis, Antioquia, dentro del proceso de tutela incoado por Mónica Marcela Ruiz Murillo contra Coosalud ARS.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La señora Mónica Marcela Ruiz Murillo, actuando en representación de su menor hija María Camila Arteaga Ruiz, solicita al juez de tutela que proteja los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de esta última, presuntamente vulnerados por la ARS Coosalud. Fundamenta su demanda en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

a. Su hija, de dos años de edad, se encuentra en el nivel dos de la base de datos del Sisbén.

- b. La niña padece de un “soplo sistólico”, que le fue descubierto a los cuarenta (40) días de nacida.
- c. La menor requiere la práctica de un procedimiento quirúrgico denominado “cierre percutáneo de ductos”, a través de un cateterismo cardiaco.
- d. El anterior procedimiento no está incluido dentro del POS, por lo cual su práctica no fue autorizada por la ARS demandada ni por la dirección Seccional de Salud de Antioquia.
- e. La no práctica del procedimiento mencionado genera un riesgo para la vida de la niña.
- f. Carece de recursos económicos para realizar dicho procedimiento por cuenta suya.

Por lo anterior, estima que la negativa de la ARS demandada vulnera el derecho fundamental de su hija a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política, así como el derecho a la salud a que se refieren los artículos 47 y 48 de la misma Carta; y solicita que se ordene a la ARS Coosalud practicar el procedimiento requerido por la niña.

Recibida la anterior demanda, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis, Antioquia, la admitió y ordenó notificar y correr traslado de la misma a la ARS demandada.

Dentro del término del traslado, la ARS Coosalud contestó la demanda, indicando que la menor María Camila Arteaga Ruiz aparecía como afiliada a esa entidad, pero que, para esa fecha, por grupo familiar era beneficiaria de régimen contributivo en la EPS Cafesalud, pues su padre estaba afiliado a esta última entidad y tenía inscritos como beneficiarios a su esposa e hija menor.

De esta manera, estima que el procedimiento que ha debido llevar a cabo la madre de la menor era poner en conocimiento de la anterior situación a la Dirección Local de Salud del Municipio de Támesis y/o Directora del Sisbén, a fin de que se realizara el retiro definitivo, dado que en los casos de afiliación múltiple prevalece la inscripción en el Régimen Contributivo.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Acuerdo 244 de 2003, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 1122 de 2007, la ARS Coosalud solicita al juez de tutela que indique a la madre de la menor que debe ajustarse al procedimiento establecido en la ley, y que establezca que es la EPS Cafesalud la responsable de tratar la patología de alto costo que presenta la menor.

3. Pruebas obrantes dentro del expediente

Obran en el expediente como únicas pruebas las siguientes:

- a. Formato de negación de servicios de salud en el cual la ESS Coosalud del Municipio de Támesis, Antioquia, niega el servicio denominado “Cateterismo cardiaco con dispositivo tipo coil tornado”, en razón de ser un “procedimiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado”.
- b. Solicitud de autorización para “cierre endovascular de ducto arterioso por vía percutánea a

través de cateterismo cardíaco con dispositivo tipo coil tornado”, expedida el 20 de octubre de 2006 por el doctor Manuel Ricardo Téllez, cardiopediatra, en papelería del Instituto Cardiovascular de Estudios Especiales Las Vegas S.A.

c. Informe clínico emitido el 25 de octubre de 2006 por el Departamento de Imaginología del Hospital Universitario San Vicente de Paul de Medellín, en el que se concluye lo siguiente: “Cardiomegalia que se relaciona con el antecedente conocido de ductus arterioso persistente.”

d. Documentos clínicos varios en los que se reiteran los diagnósticos anteriores.

e. Registro civil de nacimiento de la menor María Camila Arteaga Ruiz.

f. Formato de negación de servicios expedido por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en el que se señala como motivo “Afilación al Régimen Contributivo EPS/ Por Ley 715/2001-Sentencia T-163/2003-Art. 2 Ley 100/93.”

g. Acta de la diligencia de declaración de parte de la señora Mónica Marcela Ruiz Murillo, surtida ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis, Antioquia, dentro de la cual la deponente afirma lo siguiente:

-Preguntada sobre sus generales de ley, respondió entre otras cosas que vivía en unión libre con el señor Elkin Alonso Arteaga y que era ama de casa.

-Interrogada acerca de su afiliación al Sistema de Salud, dijo que desde hace varios años había estado afiliada a la ARS Coosalud junto con su esposo y su hija María Camila. Sin embargo, aclaró que su esposo había empezado a trabajar en construcción el 29 de mayo de 2007, y que la ingeniera que lo había contratado lo había afiliado junto con su grupo familiar a la EPS Cafesalud. Agregó que ese trabajo le había durado a su esposo hasta el día 25 de enero de 2008, y que para el momento de esa declaración se encontraba desempleado.

h. Copia de la carta de fecha 4 de febrero de 2008, enviada al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis por la EPS Cafesalud, en la cual esta entidad informa que el señor Elkin Arteaga Murillo, la señora Mónica Marcela Ruiz Murillo y la menor María Camila Arteaga Ruiz se encuentran afiliados a esa EPS en el régimen contributivo.

II. ACTUACIÓN JUDICIAL

1. Sentencia proferida el día siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis, Antioquia.

Mediante Sentencia proferida el día siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008), el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis, Antioquia, decidió negar la acción de tutela.

En sustento de esta determinación expuso que por hallarse la demandante en situación de multifiliación, era necesario que realizara las gestiones pertinentes para que la EPS Cafesalud la retirara del régimen contributivo, si lo que pretendía era continuar en la ARS Coosalud; o en caso contrario, dirigirse a la EPS Cafesalud para que le fuera prestado el servicio.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. El problema jurídico que debe resolver la Sala.

Según se desprende de los hechos relatados en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, la demandante es la madre de una menor, e interpone la acción para la protección de los derechos de su hija de dos años de edad, que padece de una afección cardíaca que exige la práctica de un procedimiento denominado “cierre percutáneo de ductos”, a través de “cateterismo cardíaco”. Dicho tratamiento fue negado por la empresa demandada, Coosalud ARS, y también por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, que inicialmente argumentaron que dicho procedimiento no estaba incluido en el POS y luego dijeron que la niña y su familia estaban afiliadas a Cafesalud EPS, bajo el régimen contributivo, presentándose un caso de multiafiliación que impedía que fuera atendida por la ARS demandada.

El juez que en única instancia conoció el proceso, acogió los argumentos de la entidad demandada y negó la protección solicitada bajo el argumento de que la multiafiliación impedía conceder la tutela, y que la madre de la menor debía agotar los trámites legales para definir a qué entidad se encontraba afiliada.

Así las cosas, el problema jurídico que corresponde a la Sala resolver es el concerniente a si, ante una situación de multiafiliación, puede una entidad prestadora de servicios de salud, llámese ARS o EPS, negar la práctica de un procedimiento médico no incluido en el POS y necesario para preservar la vida en condiciones dignas y la salud de una menor. Para los anteriores efectos, antes de resolver el caso concreto, la Sala estudiará los siguientes asuntos: (i) el carácter autónomo del derecho fundamental a la salud de los niños y sus consecuencias cuando requieran tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; y (ii) la posibilidad de proteger el derecho constitucional fundamental a la salud a través de la acción de tutela, en casos de multiafiliación.

3. El carácter autónomo del derecho fundamental a la salud de los niños y sus consecuencias cuando requieran tratamientos, procedimientos o medicamentos excluidos del POS. Reiteración de jurisprudencia.

3.1 La salud de los niños es un derecho fundamental autónomo: Dentro de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, también llamados presupuestos procesales de la acción, se encuentra aquel que exige que la acción se haya interpuesto para la defensa

de derechos de rango fundamental.

En el presente caso, la acción se interpone para la defensa de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una menor de tan sólo dos años edad; al respecto, la Sala encuentra que efectivamente se trata de derechos que, por estar radicados en cabeza de una niña, son per se de rango fundamental. Así, este presupuesto procesal de procedencia de la acción de tutela se cumple en el presente caso.

Ciertamente, la Corte ha dicho que el derecho a la salud de las personas en situación de especial protección, como los niños, se torna fundamental por sí mismo. Véase:

“... la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la salud adquiere carácter fundamental cuando se está frente a personas de especial protección como los menores, los adultos y los discapacitados, como quiera que, dentro del marco del Estado Social de Derecho, es permisible un trato que comporte discriminación positiva a favor de las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y, por consiguiente, encuentran limitada su posibilidad de participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables².

“En este sentido, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

“En tercer lugar, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia³, las personas con discapacidad⁴ y los adultos mayores⁵, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo⁶.”⁷ (Negrillas fuera del original)

3.2 El derecho fundamental a la salud en cabeza de los niños implica la posibilidad de reclamar la atención que requieran, así no se encuentre incluida en el POS que los cobija.

Ahora bien, consecuencia directa de la calificación de derecho fundamental autónomo que se le ha reconocido al derecho a la salud de los niños es que los menores pueden reclamar aquella atención que requieran para reestablecer su salud física, independientemente de que la prestación correspondiente se encuentre o no incluida en el Plan Obligatorio de Salud que les corresponda. Ciertamente, sobre este asunto esta Corporación ha mantenido una jurisprudencia que una vez más se reitera, según la cual:

“... el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales, que demandan las personas que carecen de recursos para atenderlos y que por su estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo tienen derecho a que el Estado y la sociedad les brinden un trato preferente, no está sujeto a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios, como tampoco está sujeta a dichas restricciones la atención en salud que se conecta con la existencia misma de la persona y con su derecho a vivir con dignidad.

“En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que cumple alguna de las anteriores características, o varias de ellas, demanda una actividad, un procedimiento, una intervención, o un medicamento excluido del Plan que rige su vinculación⁸ lo que acontece es que debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la prestación,

sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, o demandar que el usuario sea atendido en otra institución.⁹¹⁰ (Negrillas y subrayas fuera del original)

En el mismo sentido, en la recientemente expedida Sentencia T-760 de 2008¹¹ la Corte reiteró una vez más que el derecho a la salud de los niños es autónomamente fundamental, lo que los legitima para solicitar aquellos servicios médicos que requieran, así los mismos no estén incluidos dentro del POS. Obsérvese:

“4.5. Acceso a los servicios de salud que requieren los sujetos de especial protección constitucional, como los niños y las niñas

“4.5.1. La Corte Constitucional ha reconocido y tutelado principalmente el derecho a la salud, de los sujetos de especial protección constitucional. En primer lugar ha protegido a los niños y las niñas, cuyo derecho a la salud es expresamente reconocido como fundamental por la Carta Política (art. 44, CP).

“ ...

“4.5.2.1. La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’,¹² debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.¹³ 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 ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.¹⁴ La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).

“4.5.2.2. La protección a los niños es mayor, pues, por ejemplo, se garantiza su acceso a servicios de salud que requiera para asegurar desarrollo armónico e integral. La jurisprudencia constitucional ha tutelado, por ejemplo, la práctica de cirugías plásticas de malformaciones, aun cuando no afecten la integridad funcional de órgano alguno.¹⁵ Se ha protegido a menores de escasos recursos la posibilidad de acceder a medicamentos para atender afecciones corrientes, pero de gran impacto en un niño o una niña, como la conjuntivitis.¹⁶ La fundamentalidad del derecho a la salud de los niños ha llevado a la Corte Constitucional a protegerlos incluso para evitar que contraigan enfermedades. Tal es el caso del acceso a vacunas para prevenir el contagio de enfermedades cuando puedan afectar significativamente su salud y exista el riesgo de contagio.¹⁷ Igualmente, se les ha garantizado aspectos básicos del derecho a la salud, como el derecho a que se actualice la orden del médico tratante cuando su desarrollo físico puede conllevar modificaciones al tratamiento,¹⁸ o el derecho al diagnóstico.¹⁹ Se les protege también de los abusos en los que puedan incurrir las EPS o las IPS, como por ejemplo, impedirle salir de un establecimiento de salud a un menor, hasta tanto alguien no haya firmado un título valor equivalente al costo del servicio, especialmente, si el menor se encuentra en situación de indefensión y vulnerabilidad.²⁰ También se ha tutelado el derecho fundamental a la salud de un menor a que no se le cobren pagos moderadores cuando estos se constituyen en barreras al acceso de un servicio de salud, tanto si éste se requiere por ser necesario o por ser complementario y útil.²¹ La jurisprudencia ha protegido especialmente, entre los menores, a los bebés recién

nacidos, considerando, por ejemplo, que una EPS viola los derechos de un menor al condicionar la atención médica a periodos mínimos de tiempo, en especial si se trata de servicios de salud que están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.²² También reciben una especial protección de la jurisprudencia constitucional si concurren dos condiciones de vulnerabilidad, como ocurre, por ejemplo con los menores con discapacidad. Por ejemplo, ha señalado que una niña con discapacidad mental, tiene derecho a acceder a una cirugía de ligadura de trompas, autorizada por sus padres, siempre y cuando la decisión sea producto de un debido proceso orientado a respetar, en la mayor medida posible, la voluntad autónoma de la menor.²³ (Negrillas y subrayas fuera del original)

4. La posibilidad de proteger el derecho constitucional fundamental a la salud a través de la acción de tutela, en casos de multifiliación.

4.1 La necesidad social de evitar los casos de multifiliación simultánea en los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin desatender el derecho a la salud de las personas incurso en esta situación.

4.1.1 Como es sabido, la Ley 100 de 1993 diseñó el régimen subsidiado como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando el cubrimiento de los costos se realiza a través de recursos fiscales o de solidaridad; su propósito es financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. En este sentido, el numeral j) del artículo 156 de dicha Ley reza así:

“j) Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad”.

Dado pues que el criterio determinante para la afiliación al régimen subsidiado es la falta o escasez de recursos económicos que le permitan a la persona cotizar, no podrán entonces “ser beneficiarias de los subsidios en salud del régimen subsidiado las personas que tengan vínculo laboral vigente, o quienes perciban ingresos o renta suficientes para afiliarse al Régimen Contributivo, quienes estén pensionados, o quienes como beneficiarios de otra persona estén afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a cualquiera de los regímenes de excepción establecidos en la normatividad vigente”²⁴. Por la misma razón, el Decreto 806 de 1998²⁵ establece en su artículo 48 que “ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado...”.

No obstante las anteriores prohibiciones, con frecuencia se presentan situaciones de doble o múltiple afiliación simultánea, bien sea a varias EPS del régimen subsidiado (antes ARS), a varias EPS del régimen contributivo, o afiliaciones simultáneas al régimen contributivo y al régimen subsidiado, como sucede en el caso del presente proceso. Las normas que regulan esta última situación prevén mecanismos para evitar la continuidad de tal circunstancia de multifiliación. En efecto, el Acuerdo 244 de 2003, proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en su artículo 28 determina que en estos casos se procederá así:

“En los casos en que se detecte afiliación múltiple en el régimen subsidiado bien sea por que una persona se encuentre reportada como afiliada dos o más veces en una misma ARS, o se encuentre simultáneamente afiliada a dos o más ARS, o se encuentre simultáneamente afiliada a los regímenes contributivo y subsidiado, o a los regímenes de excepción, las Entidades Territoriales y las administradoras del Régimen Subsidiado deberán observar los procedimientos establecidos en el presente acuerdo, aplicando en lo pertinente el Decreto 806 de 1998

“ ...

“Parágrafo 1°. Las ARS incluirán en el formato del reporte de novedades que se encuentra en las Resoluciones 890 y 1375 de 2002 del Ministerio de Salud, la información relacionada con el número de afiliados que como consecuencia de la múltiple afiliación han dejado de pertenecer a la entidad Administradora, con el fin de ajustar los pagos por UPC-S”. (Subrayas fuera del original).

Por su parte el numeral 3° del artículo 50 del Decreto 806 de 1998 determina lo siguiente:

“Para efectos de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas:... 3. Cuando una persona se encuentre simultáneamente inscrita en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción en el régimen subsidiado” (Negrillas y subrayas fuera del original).

Ahora bien, sobre las razones de solidaridad social que justifican que las normas jurídicas tiendan a evitar los casos de múltiple afiliación simultánea al régimen contributivo y al subsidiado, y que establezcan que en tal circunstancia “se cancelará la inscripción en el régimen subsidiado”, esta Corporación ha vertido los siguientes conceptos:

“Se privilegia por razones de solidaridad la afiliación en el régimen contributivo, toda vez que si la persona está afiliada a dicho régimen es porque posee la capacidad económica para sufragar el costo, requisito que excluye de plano su afiliación al régimen subsidiado que, como ya se mencionó, solamente va dirigido a las personas pobres y vulnerables, en otros términos “dado que la afiliación a uno u otro régimen depende de la capacidad de pago, puede afirmarse que se trata, por tanto, de un sistema excluyente en la medida en que se tiene capacidad de pago y se pertenece al régimen contributivo o se carece de los recursos y tiene derecho a afiliarse al sistema subsidiado”²⁶.

“Y es que una afiliación simultánea al régimen contributivo y subsidiado transgrede el deber constitucional de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, ya que la afiliación de una persona con capacidad económica al régimen subsidiado impide el acceso a éste servicio de quien se encuentre en situación de pobreza y vulnerabilidad, sujeto especial a quien va dirigido la implementación del señalado régimen, vulnerando asimismo el deber de “obrar conforme al principio de solidaridad social”.

“Así “esta doble afiliación constituye una amenaza a la estabilidad del régimen, pues con ella se desvían recursos hacia sectores que no están legitimados para recibir subsidios restringiéndose el acceso a los servicios de salud a personas que efectivamente sí carecen de recursos económicos impidiéndose de esta manera la ampliación de la cobertura del

sistema”²⁷ y es que “no se puede ser beneficiario de ambos regímenes indistintamente, porque en términos generales, se rompería la naturaleza y la razón de ser de éstos²⁸; de esta forma, el perjuicio al sistema se constituye cuando el afiliado al régimen subsidiado se encuentra efectivamente afiliado al régimen contributivo, pues es así como realmente se desmedran los recursos públicos.

“ ...

“La prohibición de la afiliación simultánea en el régimen subsidiado y contributivo responde a la naturaleza de la afiliación al Sistema de Seguridad Social estructurado de forma excluyente, a los deberes ciudadanos de respetar los derechos ajenos, no abusar de los propios y obrar conforme al principio de solidaridad; además que es una herramienta para cumplir con el principio de universalidad y equidad que rige el desarrollo del Sistema General de Seguridad Social.”²⁹

Así pues, existen razones de rango constitucional, que tienen que ver con la proyección práctica del principio de solidaridad, que justifican que las normas jurídicas que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud dispongan mecanismos para evitar la multifiliación simultánea a los regímenes contributivo y subsidiado.

4.1.2. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho ver que la necesidad de aplicar las normas establecidas para evitar los mencionados casos de afiliación múltiple al Sistema de Seguridad Social en Salud no puede implicar la suspensión en la prestación de los servicios que requiera un usuario, cuando de dicha inaplicación se derive la vulneración del derecho fundamental a la vida o a la salud. Por eso ha afirmado que aun en estos casos de multifiliación debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera tal que los “conflictos administrativos” que por esta razón se susciten con otras entidades no constituyan justa causa para impedir la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. En este sentido, en la Sentencia la Corte dijo lo siguiente:

“... no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del derechos constitucionales fundamentales.”³⁰

Ahora bien, como regla general establecida especialmente en el numeral 3° del artículo 50 del Decreto 806 de 1998, antes transcrito, se tiene que cuando una persona se encuentre simultáneamente inscrita en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se debe cancelar la inscripción en el régimen subsidiado. Esta solución, como se dijo, responde al principio de solidaridad, pues debe presumirse que cuando alguien pertenece al régimen contributivo es porque tiene capacidad de pago, lo que lo excluye como posible beneficiario del régimen subsidiado. No obstante, en ciertos casos particulares esta regla general puede implicar la posible interrupción en la prestación de un servicio vitalmente requerido, por lo cual el operador jurídico debe valorar la amenaza de afectación de derechos fundamentales y, sin perjuicio de la cancelación de la doble afiliación detectada, y prefiriendo la vinculación al régimen contributivo, debe mantener la continuidad en la atención de la salud del usuario, así ello deba llevarse a cabo a través de las instituciones del régimen subsidiado.

Ciertamente, esta Corporación ha explicado que la continuidad del servicio es una garantía que forma parte del derecho a la salud, por lo cual la interrupción de un servicio cuya falta ponga en grave riesgo la vida o la salud de una persona, constituye en sí mismo una violación a este derecho fundamental. En este sentido la Corte ha dicho:

“La garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud se entiende incluida en el derecho constitucional fundamental a la salud. De dicha forma ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima. En efecto, la Corte ha reseñado que aquélla tiene por objeto asegurar una ininterrumpida, constante y permanente prestación de los servicios de salud con el fin de ofrecer a las personas la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades.

“...

“Entonces, los criterios adoptados por esta Corporación para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud son:

“... (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”³¹³² (Negrillas y subrayas fuera del original)

En similar sentido, en la recientemente expedida Sentencia T-760 de 200833, la Corte se refirió así a la distinción entre la relación jurídico formal (que consiste en el vínculo jurídico entre la institución y el usuario) y la relación jurídico material (que se materializa en la prestación del servicio), para concluir que la primera puede terminar por razones legales que lo determinen, sin que ello necesariamente signifique que inmediatamente debe terminar también al relación jurídico material, pues ello puede conllevar el desconocimiento del principio de continuidad del servicio. Véase:

“4.4.6.4. El principio de continuidad; el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, y no puede ser interrumpido súbitamente.

“Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado.³⁴ Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.³⁵ Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”³⁶ Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está

garantizando el acceso a un servicio de salud.”

4.2 Los conflictos jurídicos que se susciten en torno de casos de multifiliación deben ser resueltos mediante el mecanismo señalado en la Ley 1122 de 2007, salvo que el mismo se presente como ineficaz en el caso concreto.

4.2.1 La Corte detecta que, para la solución de los conflictos jurídicos que puedan suscitarse entre los usuarios y las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud, o entre estas últimas, con motivo de situaciones de multifiliación, el artículo 41 de la recientemente expedida Ley 1122 de 2007 concedió facultades judiciales a la Superintendencia de Salud, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

“...

“c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

“PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

“PARÁGRAFO 2o. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”(Negrillas y subrayas fuera del original.)

4.2.2. La anterior disposición legal ha sido objeto de dos pronunciamientos de esta Corporación, dictados en sede de constitucionalidad. Mediante el primero de ellos, contenido en la Sentencia C-117 de 200837, se declaró exequible el texto íntegro del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, por el cargo entonces analizado, referente al desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad judicial, en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podría ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.

En el segundo de los pronunciamientos, recogido en la Sentencia C-119 de 200838, la Corte examinó un cargo de inconstitucionalidad distinto, referente a la presunta vulneración del debido proceso, por la supuesta competencia exclusiva del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del plan obligatorio de salud. La Corte nuevamente declaró la exequibilidad de todo el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 en relación con este cargo, con fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones que, aunque

referentes a los casos en que el conflicto se refiere a la cobertura del POS, resultan aplicables a las controversias motivadas por situaciones de multifiliación:

“... según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política³⁹, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la “(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”⁴⁰, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que “la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas.” ⁴¹

A juicio de la Sala el anterior pronunciamiento tiene importancia para la resolución del presente proceso, toda vez en la Sentencia transcrita se explica (i) que existe una autoridad administrativa -la Superintendencia Nacional de Salud- legalmente facultada para resolver conflictos judiciales ocasionados con motivo de la prestación del servicio de salud, dentro de los cuales la ley incluye las controversias que tienen como causa circunstancias de multifiliación y de cobertura del POS; (ii) que dichas competencias judiciales no vulneran la Constitución porque la Superintendencia “en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria”; (iii) que lo anterior no implica “que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca”. (Negrillas fuera del original)⁴²

Así pues, dado que en el presente proceso está involucrada una situación de multifiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y la necesidad de una menor de obtener una prestación excluida del POS-S, todo lo anterior tiene importancia a la hora de definir si en el caso concreto la presente acción de tutela resulta procedente, o si debió haberse acudido a la Superintendencia Nacional de Salud, asunto que será examinado más adelante dentro de esta misma Sentencia.

5. El caso concreto.

5.1. Las particularidades del caso: Según se desprende del material probatorio que obra en el expediente, está acreditado que la menor en cuya defensa se interpone la presente acción de tutela, de tan solo dos años de edad⁴³, padece de una afección cardiaca calificada como “soplo sistólico” o “conducto arterioso permeable”⁴⁴ que exige que le sea practicado de manera urgente un procedimiento denominado “cierre endovascular de ducto arterioso por vía percutánea a través de cateterismo cardíaco con dispositivo tipo coil tornado⁴⁵”. Dicha afección cardiaca le ha originado “cardiomegalia que se relaciona con el antecedente conocido de ductus arterioso persistente”, por lo cual requiere de la práctica del procedimiento mencionado, a fin de preservar su vida y salud.

Se encuentra acreditado igualmente que la práctica de procedimiento requerido por la niña no fue autorizada por Coosalud ESS ni por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia⁴⁶ por dos razones: (i) por tratarse de un procedimiento excluido el POS-S y (ii) por tratarse de un “paciente multiafiliado”, dado que “la usuaria y ambos padres figuran en Cafesalud contributivo”.

Así mismo, obra en el expediente la declaración de parte de la madre de la niña⁴⁷, no desvirtuada dentro del proceso, según la cual la afiliación del grupo familiar al régimen contributivo de Seguridad Social a través de la EPS Cafesalud tuvo un carácter meramente transitorio, pues se dio mientras estuvo vigente una relación laboral temporal del padre de familia; no obstante, finalizada dicha relación, lo que ocurrió el 25 de enero de 2008, la mencionada afiliación al régimen contributivo perdió vocación de continuidad, de conformidad con las normas pertinentes⁴⁸.

De igual manera, en dicha declaración de parte, que tiene el carácter de prueba sumaria, la madre de la niña afirma que el grupo familiar carece de recursos económicos para asumir los costos de los procedimientos y tratamientos que ella requiere, puesto que viven de lo que gana su esposo realizando “oficios varios”; que en ocasiones trabajaba “en ingeniería” y en otras oportunidades “como coterero” o “en lo que le resulte”. Agregó que eran personas muy pobres y que cubrían sus necesidades con lo que conseguían a diario.

Visto lo anterior, la Sala estima que en la presente acción se reclama una prestación directamente asociada a la eficacia de dos derechos fundamentales en cabeza de una menor de edad, a saber el derecho a la vida y el derecho a la salud; además, por tratarse de una niña y como tal sujeto de especial protección, la garantía de estos derechos constitucionales implica que el procedimiento que requiere debe ser otorgado, independientemente de que esté o no incluido dentro del POS que la cobija, como ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Corporación arriba comentada. 49

Así pues, no cabe duda de que la menor en cuya defensa se interpone la presente acción tiene un derecho fundamental de aplicación inmediata a que el procedimiento médico que requiere le sea suministrado.

Establecido lo anterior, debe la Sala estudiar dos asuntos para resolver el caso concreto: uno es el relativo a si el reclamo de dicho procedimiento médico podía ser hecho directamente a través de la acción de tutela, a pesar de que para el efecto existe otro medio de defensa judicial que consiste en acudir a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de que esta entidad defina el conflicto suscitado por la circunstancia de multifiliación que se presenta en esta oportunidad; y si del anterior estudio se llegara a concluir que la acción de tutela sí es mecanismo idóneo para este propósito, entonces la Sala tendría que establecer, a la luz de las normas pertinentes y de las particularidades del caso, si la entidad demandada es responsable de suministrar el tratamiento que requiere la niña. Pasa la Sala a ocuparse de ello.

Según fue explicado en líneas anteriores, el artículo 41 de la reciente Ley 1122 de 2007 concedió facultades judiciales a la Superintendencia de Salud para conocer y fallar en derecho los conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Al examinar la constitucionalidad de dicha norma, la Corte afirmó que ella no impedía acudir a la acción de tutela, cuando ella fuera utilizada “como mecanismo transitorio, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente.”⁵⁰

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata ese artículo “será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.”

El artículo 148 de la Ley 446 de 1998 prescribe lo siguiente:

“Artículo 148. Procedimiento. El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que reciban la solicitud.” (Negrillas fuera del original)

A juicio de la Sala, el término concedido por la ley a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver los conflictos motivados por una situación de multifiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud (30 días hábiles), frente al término legal que se concede al juez de tutela para proteger el derecho a la salud cuando la efectividad del mismo se ve comprometida por esta misma situación de plural afiliación (diez días siguientes a la presentación de la solicitud⁵¹), revela que, en las circunstancias particulares de este caso en concreto, la acción de tutela está llamada a proceder desplazando el mecanismo alterno de defensa judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. A lo anterior se adiciona el carácter preferente y sumario de la acción de amparo, que la dota de la eficacia necesaria para lograr, en la presente oportunidad, la protección inmediata del derecho a la salud de la niña en cuya defensa se interpuso la presente acción.

Ciertamente, las necesidades de atención en salud no son iguales en todas las personas y situaciones. En ciertas oportunidades, los tratamientos, medicamentos o procedimientos revisten mayor urgencia que en otros, por el diferente grado de compromiso en que pueda estar la vida o la dignidad de quien lo requiere. Por tal razón, la vía de la acción judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud puede revelarse como eficaz en algunos casos de menor urgencia, en los cuales los servicios no deban suministrarse de inmediato. En otros, como en el presente, debe privilegiarse el mecanismo de defensa judicial que responda con mayor eficacia dada la urgencia de la situación, es decir la necesidad de responder prontamente con el suministro del servicio requerido.

Obra en el expediente material probatorio que demuestra que la anomalía cardiaca que afecta a la niña que aquí se busca proteger le ocasiona cardiomegalia y otros síntomas que afectan su desarrollo normal, armónico e integral, por lo que los médicos adscritos a las instituciones que la han atendido por cuenta de Coosalud ARS le han ordenado la práctica urgente del “cierre endovascular de ducto arterioso por vía percutánea a través de cateterismo cardíaco con dispositivo tipo coil tornado”⁵². La Sala estima que ante esta situación concreta, por la mayor brevedad de los plazos para fallar, y por el carácter preferente de la acción, que impone al juez ocuparse prevalentemente de su decisión antes que cualquier otro asunto, el mecanismo de la tutela resulta ser un medio de defensa judicial de mucho mayor grado de eficacia, que por lo tanto debe desplazar la vía judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. Contribuye a la anterior conclusión el hecho de la edad de la niña, de tan solo dos años de edad, que exige a las autoridades actuar de manera particularmente diligente, dada su situación de sujeto de especial protección constitucional.

Establecido que la presente acción de tutela resulta procedente, y que la menor es titular de un derecho fundamental de aplicación inmediata a que el procedimiento médico que requiere le sea suministrado, pasa la Corte a establecer si la entidad demandada es o era responsable de satisfacer esa prestación, o si podía excusarse alegando la afiliación múltiple que fue reportada solamente hasta el momentote contestar la presente demanda de tutela.

5.3. Responsabilidad de Coosalud ARS respecto de la práctica del procedimiento requerido por la niña en cuya defensa se interpone la presente acción.

Según se estudió ad supra, las normas jurídicas vigentes que establecen la manera de resolver los conflictos originados por situaciones de multifiliación de un usuario al Sistema de Seguridad Social en Salud disponen que en tales casos debe darse prelación a la afiliación al régimen contributivo. Como también se examinó arriba, esta solución desarrolla el principio de solidaridad, pues impide que personas con capacidad de pago figuren como beneficiarias del régimen subsidiado, desplazando a otras con menores recursos económicos.

No obstante, en las líneas anteriores de la presente sentencia también se hizo ver que la aplicación de esta fórmula legal de solución de casos de multifiliación no puede redundar en la interrupción o suspensión de la prestación del servicio de salud, cuando el mismo es requerido por un usuario, que manera tal que la ausencia del mismo comprometa su vida o su salud en condiciones dignas. En otras palabras, si dicha interrupción o suspensión compromete estos derechos fundamentales, los problemas administrativos originados por la

situación de multifiliación no deben interferir la continuidad del tratamiento. Por ello mismo, la jurisprudencia ha distinguido entre la relación jurídico - formal (es decir el vínculo jurídico entre el usuario y institución) y la relación jurídico - material (es decir la prestación del servicio médico por una institución a un usuario); y a partir de esta distinción ha concluido que “una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”

En el caso presente, la menor que requiere tratamiento urgente para el soplo cardiaco que padece venía siendo atendida por la ARS demandada, pues ella y su núcleo familiar pertenecían al régimen subsidiado. Ahora bien, durante el transcurso de esta relación jurídico - formal y jurídico - material con dicha ARS, su padre se vinculó mediante una relación laboral temporal con una empleadora que lo afilió al régimen contributivo a través de la EPS Cafesalud. No obstante, para el momento en que el juez produjo la Sentencia que ahora se revisa, esa vinculación laboral ya había terminado, por lo cual la afiliación al régimen contributivo (relación jurídico-formal con esta EPS) estaba también llamada a terminar, de conformidad con el régimen legal aplicable.

Así las cosas, al momento de adoptar la Sentencia que ahora se revisa, el juez ha debido considerar las implicaciones de esta situación frente al principio de continuidad del servicio. Así mismo, ha debido tener en cuenta que una cosa es la relación jurídico - formal y otra la relación jurídico - material, y esta distinción tenía que haberlo llevado a conceder la protección del derecho a la salud de la menor hija de la demandante, ordenando a la ARS demandada continuar suministrándole atención integral, incluido el procedimiento concretamente solicitado a través de la acción de tutela, denominado “cierre endovascular de ducto arterioso por vía percutánea a través de cateterismo cardíaco con dispositivo tipo coil tornado”. No a otra conclusión podía haber llegado si, además, hubiera tenido en cuenta que por tratarse de la salud de una niña de dos años de edad afectada de una patología grave, estaba frente a un sujeto de especial protección constitucional.

Así las cosas, en la parte resolutive de la presente decisión se ordenará a la ARS Coosalud que, sin aun no lo ha hecho, en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todas las gestiones necesarias para programar y llevar a cabo en forma oportuna el procedimiento médico que requiere la menor. Así mismo, se ordenará continuar prestándole tratamiento integral mientras lo requiera.

IV. 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. REVOCAR la Sentencia proferida el día siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Támesis, Antioquia, que decidió negar la presente acción de tutela.

Segundo. CONCEDER la tutela para la protección del derecho a la salud de la menor Mónica Marcela Ruiz Murillo. Para estos efectos, ORDENAR a la

ARS Coosalud que, sin aun no lo ha hecho, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todas las gestiones necesarias para programar y llevar a cabo en forma oportuna el procedimiento médico denominado “cierre endovascular de ducto arterioso por vía percutánea a través de cateterismo cardíaco con dispositivo tipo coil tornado” que requiere la menor, y continuar prestándole tratamiento integral mientras lo requiera.

Tercero: Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La presente acción de tutela fue interpuesta el día 24 de enero de 2008.

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

5 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

7 Sentencia T-592 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

8 El artículo 201 de la Ley 100 de 1993, dispone que en sistema general de salud coexisten dos regímenes el contributivo y el subsidiado, el artículo 29 del Decreto reglamentario 806 de 1998 establece que la población pobre y vulnerable del País será afiliada al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, el artículo 30 de la misma disposición garantiza a los afiliados al régimen subsidiado el alcance progresivo de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, y el artículo 31 del decreto en mención prevé que cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera un servicio no incluido en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir sus costos puede acudir a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado para demandar la prestación del servicio.

9 Acuerdo 072/97 C.N.S.S. artículo 4°. “LA COMPLEMENTACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL POSS, A CARGO DE LOS RECURSOS DEL SUBSIDIO DE 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 por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el P.O.S.S., 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 servicio para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.”.

10 Sentencia T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

11 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 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. 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.

13 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-046 de 1999 (MP Hernando Herrera Vergara), T-117 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-093 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-153 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y T-819 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

14 Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). 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.

15 Por ejemplo, en la sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas

de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

16 Corte Constitucional, sentencia T-889A de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería); en este caso se ordenó a una ARS (Asmet salud) suministrar a un menor, en el nivel 1 del SISBEN un medicamento (Patanol Gotas) para atender una afección a su salud (conjuntivitis).

17 En la sentencia T-977 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) se reconoció el derecho de dos niñas sanas a que se les suministrara la vacuna contra la Hepatitis A, luego de constatar que “(...) como lo reconoce el Ministerio de la Protección Social, se trata de una enfermedad que presenta un carácter endémico en Colombia con una incidencia de 50 personas por cada 100.000 habitantes; que afecta a las poblaciones más pobres que se encuentran en municipios carentes de agua potable; algunos expertos estiman que más del 50% de la población infantil en nuestro país pueden ser seropositivos, tratándose de una enfermedad que puede llevar a la muerte a niños que padezcan enfermedades hepáticas.”

18 Por ejemplo, en la sentencia T-127 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte resolvió tutelar los derechos al debido proceso, a la integridad personal y a la salud de un menor al que se le había suspendido el servicio que se le venía prestando, por lo que ordenó a la entidad (Cooomeva EPS) que si aún no lo había hecho, tomara las medidas necesarias para garantizarle a Julián Orlando García Delgado que se le continúe prestando efectivamente los servicios de rehabilitación integral (física, ocupacional y de lenguaje) de forma permanente. La Corte advirtió específicamente que los servicios que se le prestarán “(...) deberán ser adecuados a su grado actual de desarrollo, para lo cual el menor deberá ser valorado por su médico tratante y los especialistas que sean del caso. Todo cambio relativo a la institución deberá ser justificado de manera especial a la luz del interés superior y prevalente del menor y obedecer a lo ordenado por el médico tratante.”

19 Por ejemplo, en la sentencia T-888 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería) ordenó a una EPS (Salud Total) que garantizara la práctica de unos exámenes ordenados por el médico tratante (Test de Clonidina Basal 30, 60, 90 minutos y un examen de IGFBP-3), por cuanto se les había diagnosticado ‘talla baja’.), a los dos pequeños hijos de la accionante (de 2 y 4 años). También se tutela el derecho al examen diagnóstico a una menor en la sentencia T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

20 En la sentencia T-037 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla) la Corte decidió tutelar el derecho a la salud de un menor (9 años) al que se le había impedido salir de la clínica, luego de una cirugía en la que se le había extraído un tumor canceroso en el riñón, hasta que su hermano, un menor de edad también, no hubiese firmado una letra de cambio para pagar el servicio de salud que se le había prestado. Los menores de edad, que carecían de patrimonio, habían sido desplazados por la violencia, luego de que sus padres habían sido asesinados.

21 En la sentencia T-225 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), la Corte Constitucional decidió tutelar el derecho a la salud de un niño que padecía muerte parcial cerebral (ENCEFALOPATIA HIPOXICAIS-QUEMICA) y requería un riguroso tratamiento terapéutico (terapia física, ocupacional y de lenguaje), exámenes especializados y medicamentos por tiempo indefinido, porque la EPS (Salud Total) le había sido negado el acceso a tales servicios en razón a que debía realizarse un pago moderador, a pesar de que sus padres carecían de la

capacidad económica para asumirlos. Ordenó a la EPS "(...) prestar los servicios integrales al menor sin poner como condición el pago de los copagos, los que deberá asumir SALUDTOTAL en un 100% de acuerdo a los procedimientos, medicamentos, terapias y demás prescripciones de los médicos tratantes, así como la autorización de la RESONANCIA MAGNETICA CON CONTRASTE, si aún no se ha llevado a cabo."

22 En la sentencia T-1004 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), se resolvió ordenar a una EPS (Susalud) que practicara un examen diagnóstico (TAC DE CRÁNEO CONTRASTADO PREVIA CREATININA NORMAL) ordenado por su médico tratante, incluido dentro del POS; el servicio había sido negado bajo el argumento de que el bebé debería estar afiliado a la entidad por lo menos durante un mes para que fuera posible atenderlo y diagnosticarlo adecuadamente. La decisión se tomó con base en el concepto de un médico no adscrito a la EPS demandada, pues ésta había condicionado las citas y la valoración por parte de los especialistas al mismo lapso de tiempo.

23 En la sentencia T-1019 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), se confirmó la decisión del juez de instancia de ordenar a una EPS que garantizará la realización de una cirugía de ligadura de trompas a una menor con discapacidad mental, siempre y cuando la decisión de practicarla fuera producto de un debido proceso que protegiera, en la mayor medida posible, la libre voluntad de la niña. La Corte Constitucional resolvió adicionar la decisión judicial que confirmó, señalando las etapas que debían agotarse antes de tomar una decisión definitiva frente al procedimiento médico reclamado por la madre de la menor, a saber: "a. En la medida en que del expediente no se aprecia cual es el nivel de limitación mental que tiene la menor para otorgar su consentimiento, es necesario que previo a la que los padres de la menor, den su consentimiento sustituto, si este llegare a ser necesario, es imperioso que la menor sea sometida a una valoración médica especializada que permita establecer su capacidad cognoscitiva y su nivel de desarrollo mental que indique si dicha condición de retraso mental le va a permitir a futuro, tener o no la suficiente autonomía en su voluntad para asumir una decisión de tal trascendencia. || b. Así, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, y si aún este trámite no se hubiere cumplido, un cuerpo médico multidisciplinario el cual deberá estar integrado por lo menos, por un neurólogo, y un ginecólogo de la E.P.S. de SALUD TOTAL, quienes acompañados por un sicólogo y un médico de Medicina Legal, determinarán el grado de retraso mental de la menor. || c. Establecido el nivel de discapacidad de la menor, y si éste fuere de tal dimensión que permita asegurar que nunca la paciente podrá ser consciente ni tener la suficiente autonomía personal para decidir por sí misma, el cuerpo médico de la E.P.S. de Salud Total, deberá, dentro de los tres (3) días siguientes a dicha valoración médica, informar a los padres de la menor, de manera, clara, objetiva, científica y respetuosa, el procedimiento quirúrgico o médico a seguir, los efectos inmediatos de éste, las consecuencias físicas a corto y largo plazo, así como los efectos psicológicos que este pueda llegar a causar, para que éstos, de manera razonada y válida otorguen su consentimiento sustituto. || d. Luego de que los padres de la menor hayan dado su consentimiento y soliciten en consecuencia la realización del procedimiento quirúrgico ya anotado, deberán iniciar el trámite judicial, que autorice el procedimiento de ligadura de trompas o Pomeroy. || e. Con posterioridad al agotamiento de las anteriores etapas, y de que la decisión judicial, si así lo considera pertinente, haya autorizado la ligadura de trompas a la menor u otro procedimiento médico con la misma finalidad, la E.P.S. adelantará el procedimiento quirúrgico, en los términos que

los protocolos médicos lo exigen, a efectos de garantizar una recuperación satisfactoria de la paciente, que asegure el menor riesgo para su integridad física, su salud y su propia vida. || Con todo, esta etapa quirúrgica deberá agotarse en un lapso no mayor a un (1) mes, contado a partir del momento en que le sea notificada la decisión judicial que así lo autorice.”

24 Parágrafo del artículo 3° del Acuerdo 244 de 2003 del CNSSS.

25 Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

26 T-799-02

27 Sentencia de tutela T-799-02 reiterada en sentencia de tutela T-311-05.

28 T-119-99

29 Sentencia T-561 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

30 Sentencia T-097 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

31 Sentencia T-1198 de 2003.

32 Sentencia T-097 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

33 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

34 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso, la Corte tuteló el derecho de un menor a que el Hospital acusado lo siguiera atendiendo, pues consideró que “[la] interrupción inconveniente, abrupta o inopinada de las relaciones jurídico-materiales de prestación no se concilia con el estado social de derecho y con el trato que éste dispensa al ser humano”.

35 Corte Constitucional, sentencia T-059 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), en este caso se tuteló el derecho de un joven de 23 años a que no se interrumpiera el tratamiento que recibía por un problema de adicción que lo llevó a perder su cupo como estudiante, a pesar de que se le atendía en condición de beneficiario de su padre, por ser estudiante.

36 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

37 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

38 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

39 Según lo prescribe este inciso, “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

40 Cf. Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, aquí acusado, literal a).

41 Sentencia T-067 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela ante la ineficacia del mecanismo de defensa judicial alterno, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-414 de 1992 y SU-961 de 1999.

42 En la reciente Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte reconoció que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 consagraba un mecanismo alterno de defensa judicial del derecho a la salud, al conceder facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para esos efectos. No obstante, recordó la jurisprudencia sentada en sede de constitucionalidad en relación con esta disposición. Dijo en ese sentido lo siguiente: “La jurisprudencia constitucional señaló tempranamente que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defender el derecho a la salud.⁴² Recientemente, el legislador concedió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver algunos de los conflictos suscitados con ocasión de la prestación de los servicios de salud (Ley 1122, art. 41). Esta decisión legislativa ha sido revisada hasta el momento en dos ocasiones por la Corte Constitucional. En la primera ocasión se resolvió declarar constitucional la norma por lo cargos estudiados en la demanda, “en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.”⁴² En la segunda ocasión, también se declaró constitucional la norma por los cargos analizados en la sentencia,⁴² pues se consideró que adjudicar funciones judiciales a la Superintendencia Nacional de Salud no implica, en modo alguno, que la acción de tutela deje de ser un medio judicial idóneo para reclamar la protección del derecho a la salud.⁴² La Corte también advirtió que los funcionarios de la Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones judiciales, están obligados a usar la excepción de inconstitucionalidad, al igual que cualquier otro juez de la República, por lo que no pueden dejar de aplicar la Constitución o de garantizar el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental a una persona, so pretexto de aplicar de manera preferente normas regulatorias contrarias a la Constitución, de rango inferior, bien sean legislativas o administrativas (decretos, resoluciones, acuerdos, etc.).⁴²”

43 Ver registro civil de nacimiento obrante al folio 11 del expediente.

44 Ver folios 9 y 26 del expediente

45 Ver folio 4 del expediente.

46 Ver folios 3 y 41 del expediente.

47 Ver folio 49 del expediente

48 Sobre las circunstancias que determinan la desafiliación al sistema de Seguridad Social en el régimen contributivo, el artículo 59 del Decreto 806 1998, dice lo siguiente:

Artículo 58. Desafiliación. La afiliación a una Entidad Promotora de Salud quedará cancelada en los siguientes casos:

...

b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la EPS a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente.

...”

49 Ver Sentencia T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

51 Decreto 2591 de 1991, Artículo 29.

52 Ver folio 4 del expediente.