

Sentencia T-956/04

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental/DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Prevalencia

DERECHOS DEL MENOR-Protección especial para los menores de siete años/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Protección especial para los menores de siete años

La Constitución Nacional, las normas internacionales y la Ley, han previsto un tratamiento especial para los niños menores de siete años de edad con el fin de lograr la protección efectiva que demanda este tipo de población infantil y consecuentemente permitir que su derecho a la igualdad sea efectivo y no una simple falacia normativa. es claro que en aquellos casos en que está de por medio la salud de un niño independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor, se le debe prestar una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función sin que ello dé lugar a dilaciones injustificadas, en especial cuando se trata de un menor de siete años. Así las cosas, se vulneran, entonces, los derechos fundamentales de una niña de seis años cuando no se le permite el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.

REGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO DE SALUD-Diferencias

SISBEN-Sistema de selección de beneficiarios

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Deber de informar al afiliado cuando solicita servicios no incluidos en el POS

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Alcance/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Condiciones para otorgar el tratamiento excluido del plan de beneficios

Considerando que el derecho a la salud es fundamental por conexidad con el derecho a la vida, de forma tal que cuando una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta por encontrarse enferma y merece protección especial del Estado, especialmente en aquellos eventos en que se trata de una persona perteneciente al SISBEN y necesita la práctica de un tratamiento médico o el suministro de un medicamento que no está cubierto por el POSS; para que el amparo constitucional por vía de tutela proceda, es indispensable que el paciente

realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; de forma tal que cuando la persona cuenta con medios de pago, se desvirtúa la presunción establecida a su favor, esto es que por el hecho de estar afiliada al régimen de salud subsidiado -SISBEN- no puede sufragar el costo del tratamiento médico que demanda. Es necesario también que las actividades, tratamientos, medicamentos o intervenciones y procedimientos, hayan sido ordenados por el médico tratante de la entidad promotora de salud obligada a prestar el servicio de salud, de forma tal que de no cumplirse esa exigencia la respectiva EPS no tiene ninguna obligación de proporcionar el servicio médico requerido.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Tratamiento excluido del POSS que no fue ordenado por médico adscrito a la ARS/ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Deber de diagnosticar la enfermedad que padece menor/ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Asesoría, orientación y apoyo a menor

En efecto como lo señala la entidad accionada, el tratamiento médico requerido por la menor se encuentra excluido del listado del POSS, y no ha sido ordenado por un médico de la entidad, en consecuencia no se cumplen los presupuestos requeridos y por ello CAFESALUD no tiene la obligación de proporcionar el tratamiento médico solicitado. Para la Sala es claro, que si bien CAFESALUD no se encuentra obligada inicialmente a practicar la intervención quirúrgica requerida por la menor, sí tiene el deber de diagnosticar la enfermedad que padece, pues dicha prescripción es urgente en la medida en que permitirá determinar con certeza el procedimiento médico al que debe ser sometida la menor en aras de lograr el restablecimiento de su salud. Así las cosas, el juez de tutela debe ordenar a la entidad accionada que autorice la remisión de la menor a efecto de que sea debidamente valorada por un médico adscrito a esa entidad y una vez se establezca que patología padece la menor y se indiquen los procedimientos médicos a seguir, deberá igualmente asesorar, orientar, apoyar y acompañar al tutelante durante todos los trámites que deba surtir ante las entidades departamentales de salud, con el fin de que acceda de manera efectiva por intermedio de una institución pública a la atención en salud que su menor hija demanda.

Referencia: expediente T-930764

Acción de tutela instaurada por Edgar Acosta Pacheco contra CAFESALUD ARS -Seccional

Santander-

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga dentro de la acción de tutela instaurada por Edgar Acosta Pacheco contra CAFESALUD ARS -Seccional Santander-.

I. ANTECEDENTES

La Sala Número Seis de la Corte Constitucional, mediante auto del treinta (30) de junio de 2004, seleccionó la presente acción de tutela y la repartió a esta Sala para su revisión.

El señor Edgar Acosta Pacheco instauró acción de tutela en nombre y representación de su hija Adriana Yurani, contra CAFESALUD ARS -Seccional Santander-, para que se amparen sus derechos fundamentales, previstos en los artículos 11, 13, 44, 48, 49 y 53 de la Constitución Política respectivamente y en consecuencia solicita que se ordene a CAFESALUD ARS -Seccional Santander- autorizar de forma inmediata la atención médica que demanda la menor e igualmente prestarle todos los servicios médicos integrales que requiera, así se encuentren fuera del POSS con el fin de restablecer su salud.

1. La demanda de tutela

El accionante sustenta su demanda en los siguientes hechos:

1.1. Refiere que su hija Adriana Yurani Acosta de seis años de edad, sufre de problemas de visión, en el ojo izquierdo, enfermedad que ha sido diagnosticada como estrabismo AO que le

impide rendir en sus estudios, razón por la que requiere la práctica de una cirugía.

1.2. Debido a que la menor no se encontraba afiliada a una ARS, acudió a la Fundación Oftalmológica de Santander -Clínica Carlos Ardila Lulle-, y fue así como el 21 de marzo de 2003, se expidió la orden que autorizó la práctica de la intervención quirúrgica que requiere Adriana Yurani y se incluyó el suministro de los medicamentos que necesita durante la operación y el tratamiento posterior.

1.3. No obstante como la menor fue afiliada a CAFESALUD el 1º de abril de 2003, en el plan obligatorio de salud (POSS), acudió a dicha entidad, con el fin de solicitar que la intervención quirúrgica le fuera autorizada y practicada por esa entidad, pero la ARS negó los servicios con el argumento que la cirugía de estrabismo no se encuentra prevista en los Acuerdos 072 y 074 de 1997.

1.4. La Clínica Carlos Ardila Lulle también se negó a realizar la cirugía que había sido ordenada y esa omisión ha generado un detrimento en la salud de la menor, toda vez que su visión ha desmejorado notablemente, pues ha tenido que forzar el ojo que no presenta la enfermedad y en consecuencia se le han generado otros problemas de salud como constantes dolores de cabeza y mareos, a la vez que no ha podido rendir en el estudio.

El juez de primera instancia decidió vincular a la presente acción al Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- del Ministerio de la Protección Social en calidad de ente accionado con el fin de que se pronunciara igualmente sobre los hechos de la demanda.

2.1. CAFESALUD ARS

La Directora Regional de CAFESALUD ARS en Santander; actuando en esa calidad, una vez notificada de la demanda, contestó a la misma y expone las consideraciones que a continuación se resumen.

Afirma que la menor Adriana Yurani Acosta se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de CAFESALUD ARS desde el 1º de abril de 2003, con el número de ficha No.15571 y actualmente presenta diagnóstico de estrabismo, pero esa patología no se encuentra prevista en el POSS, motivo por el que los servicios médicos que la pequeña requiere, entre ellos la práctica de una intervención quirúrgica, no pueden ser

cubiertos por la ARS.

En ese sentido señala que corresponde a la Dirección Seccional de Salud de Santander asumir los costos de los servicios con cargo a los recursos del subsidio de la oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 4º del Acuerdo 072 de 1997, del Consejo de Seguridad Social en Salud.

Aduce que CAFESALUD ARS no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la menor Adriana Yurani Acosta, sino que ha dado cumplimiento a la legislación y en ese sentido ha brindado a la menor los tratamientos, medicamentos y demás prestaciones que le ofrece la cobertura del POSS y continuará haciéndolo siempre que el usuario permanezca afiliado a la ARS.

Manifiesta que las Administradoras del Régimen Subsidiado ARS como CAFESALUD por delegación del Estado, deben garantizar la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, de acuerdo con las coberturas establecidas expresamente en el Acuerdo 072 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y con los recursos a la demanda que tienen por destinación específica financiar el plan de beneficios a su cargo.

En ese sentido, afirma que CAFESALUD ARS, sólo asume la prestación de los servicios establecidos en el Plan de Beneficios del POSS, lo que comporta la exclusión de todos los servicios relacionados con la patología de estrabismo que padece la menor Adriana Yurani Acosta.

Advierte que: "...Todos los servicios que requiera la población afiliada al Régimen Subsidiado y que no se encuentran definidos en el Plan de beneficios (POSS) del Acuerdo 72, son cubiertos por la IPS del Estado o con las cuales este tenga contrato, contra los recursos del subsidio a la oferta que administran directamente los Entes Territoriales (Direcciones Seccionales de Salud), como lo dispone el artículo 20 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996...".

Finalmente afirma que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para el régimen de salud subsidiado, se encuentra plenamente reglado, de forma tal que el solo hecho de estar afiliado a una ARS no es determinante para que la entidad tenga la obligación de garantizar los servicios de salud requeridos pues esta obligación radica en el Estado, a través de la IPS pública que designe para tal fin.

2.2. Ministerio de la Protección Social

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, contestó a la demanda exponiendo las consideraciones que a continuación se resumen.

Recuerda que de conformidad con lo previsto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las Entidades Promotoras de Salud la prestación del servicio de salud a través del Plan Obligatorio de Salud (POS) y que el artículo 215 de la misma norma establece la prestación del servicio de salud a cargo de las Administradoras del Régimen Subsidiado.

Destaca que mediante los Acuerdos 72 y 74 de 1997, emitidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social, se definió el Plan de beneficios para las personas pertenecientes al régimen de salud subsidiado y se delimitó lo previsto en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS).

En ese sentido, considera que los acuerdos referidos hacen mención a patologías por enfermedades concretas, de forma tal que, en cada caso, de acuerdo con la enfermedad que el paciente padezca, tendrá derecho a las actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos establecidos en los manuales del régimen contributivo, o deberá asumir los costos de sus dolencias.

Advierte que mediante el Acuerdo 244 de 2003 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definió la forma y las condiciones de operación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y estableció la responsabilidad de las entidades territoriales en la prestación de servicios de salud, en forma oportuna y eficiente, y que la Ley 715 de 2001 previó en el artículo 43, numeral 2º, incisos 2º y 3º, las competencias de esos entes territoriales en lo relativo a la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud, así como la financiación y asignación del mismo.

Manifiesta que corresponde a los Departamentos, la articulación de la red pública y privada para la prestación del servicio de salud de las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización del régimen subsidiado, de forma tal que esos entes territoriales son los responsables de que el Sistema de Seguridad Social en Salud a nivel territorial funcione de manera oportuna y eficiente, garantizando así el cubrimiento del servicio de

salud a la población que se encuentre dentro de su jurisdicción y cubierta por el régimen de salud subsidiado.

Finalmente afirma que las redes departamentales para la prestación del servicio de salud, deben ser utilizadas con cargo al subsidio de oferta, siempre que se pruebe incapacidad de pago de la persona vinculada al régimen y que deba asumir los procedimientos que no se encuentran previstos en el POSS, ó que los tratamientos que necesita requieran un mínimo de semanas cotizadas.

3. Decisión judicial objeto de revisión

3.1. Decisión de Primera Instancia y única instancia

El Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga, mediante fallo del doce (12) de abril del año dos mil cuatro (2004), decidió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Considera el a-quo que está probado dentro del proceso que la menor Adriana Yurani Acosta se encuentra afiliada a CAFESALUD ARS y que presenta una patología denominada estrabismo, pero que el juez de tutela no puede pasar por alto que el tratamiento al que ha sido sometida la menor no fue autorizado por la entidad accionada sino por médicos particulares.

Advierte que la cirugía fue programada el 21 de marzo de 2003 y la afiliación a la ARS CAFESALUD se efectuó el 1º de abril de 2003, y que ningún especialista vinculado a la entidad accionada ha autorizado la práctica de la intervención quirúrgica requerida por la menor.

En ese sentido, considera que en el caso bajo estudio no se cumplen los requisitos mínimos que ha establecido la jurisprudencia constitucional para efectos de que proceda la tutela, toda vez que la menor no ha sido atendida ni tratada por la ARS, en razón de la patología por la que se demanda la tutela de sus derechos.

El juez de primera instancia concluye entonces, que el ente demandado a la fecha, no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la menor y que el padre de ésta debe agotar todos y cada uno de los pasos previstos por la normatividad vigente en materia del régimen de

salud subsidiado, con el fin de que la patología que padece su hija sea debidamente tratada, y que para ello debe solicitar las respectivas citas médicas ante la entidad accionada con el fin de que la menor sea atendida por un médico adscrito a la ARS y sea éste quien emita las órdenes correspondientes autorizando la intervención quirúrgica que demanda la menor y los demás servicios médicos que llegue a requerir.

4. Actividad Probatoria

4.1. Documentos aportados por la parte accionante:

- a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del tutelante. (Folio 6 del Expediente).
- b. Fotocopia del carné de afiliación de la menor Adriana Yurani Acosta a CAFESALUD ARS con fecha 1º de abril de 2003. (Folio 9 del Expediente).
- c. Certificación expedida por la Notaría Décima del Círculo de Bucaramanga en donde consta que en los libros de Registro Civil de Nacimientos se encuentra registrada la menor Adriana Yurani Acosta (Folio 7 del Expediente).
- d. Fotocopia de la evaluación preanestésica efectuada por la Fundación Oftalmológica de Santander, Clínica Carlos Ardila Lulle con fecha 21 de marzo de 2003. (Folio 8 del Expediente).
- e. Fotocopia de los recibos de pago por valor de \$1.520 por concepto de anestesia y \$75.000 por concepto de intervención quirúrgica de estrabismo (Folios 10 y 11 del Expediente).
- f. Fotocopia del formato de negación del servicio de salud requerido por la menor, emitido por CAFESALUD ARS. (Folio 12 del Expediente).

4.2. Pruebas practicadas por el Juez de Instancia

En el auto admisorio de la demanda, el juez de primera instancia ordenó recibir declaración sobre los hechos que motivaron la acción de tutela, al señor Edgar Acosta Pacheco que actúa en representación de su menor hija Adriana Yurani Acosta, diligencia que se llevó a cabo el 23 de marzo de 2004.¹

Además de lo señalado en el escrito de tutela, el accionante señaló también que no cuenta

con los ingresos suficientes para costear el tratamiento médico que demanda su hija, dado que no cuenta con un trabajo estable, motivo por el que solicitó su práctica mediante la ARS CAFESALUD. No obstante, reconoce que antes de afiliarse a la ARS acudió a un médico particular con el fin de que fuera atendida la menor, hasta que se firmó un convenio con la FOSCAL -Clínica Carlos Ardila Lulle-, y se suscribió al mismo para continuar con la prestación del servicio de salud que necesita su hija.

Así mismo, indicó que el tratamiento que requiere la menor Adriana Yurani Acosta, se comenzó tiempo antes de que le fuera asignada la ARS CAFESALUD, sin embargo después de su afiliación, acudió a dicha entidad el 11 de marzo de 2004, con el fin de solicitar que fuera autorizada la práctica del procedimiento médico ordenado a su hija y allí se le informó que debía acudir a la Secretaría de Salud Departamental, toda vez que el tratamiento que demanda la menor no se encuentra cubierto por el POSS y en consecuencia la prestación del servicio no corresponde a esa entidad.

Finalmente, mediante el mismo auto el juez de conocimiento ordenó oficiar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con el fin de que se sirviera practicar un reconocimiento médico-legal a la menor Adriana Yurani Acosta, para efectos de determinar el estado actual de su salud y la clase de patología que padece. En consecuencia, obra en el expediente el Dictámen Médico Legal y su complementación, realizado a la menor.2

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts.33 al 36), así como en el auto de fecha treinta (30) de junio de 2004 proferido por la Sala de Selección Número Seis de esta Corporación.

2. Materia sometida a revisión

El actor, instauró demanda de tutela, para que se amparen los derechos fundamentales de su hija Adriana Yurani Acosta, a la vida, la salud, la igualdad, los derechos de los niños, la seguridad social, la integridad física y el mínimo vital (arts. 11, 13, 44, 48, 49 y 53), que

considera vulnerados por la ARS CAFESALUD, al haberse negado a autorizar la práctica de una cirugía de estrabismo que requiere la menor, para lograr el restablecimiento de su salud visual, con el argumento que esa clase de intervención quirúrgica no se encuentra prevista en el POSS.

El juez de instancia denegó el amparo impetrado, dado que el tratamiento que demanda Adriana Yurani, no fue prescrito y autorizado por un médico de la entidad accionada, aunque reconoce las dolencias de la menor, insta al padre de la misma a agotar todos y cada uno de los pasos previstos en la normatividad vigente para el régimen de salud subsidiado, solicitando las respectivas citas médicas ante la entidad accionada con el fin de que la menor sea atendida por un médico adscrito a la ARS y sea éste quien emita las órdenes correspondientes autorizando la cirugía que demanda la niña y los servicios médicos que llegue a requerir.

Corresponde a la Sala, entonces, analizar si los derechos fundamentales invocados resultan o no vulnerados por parte de CAFESALUD ARS, dado que dicha entidad se negó a practicar la intervención quirúrgica de estrabismo que demanda la menor Adriana Yurani Acosta, advirtiendo que ese procedimiento no se encuentra previsto en el POSS.

3. Consideraciones preliminares

Previamente al estudio del caso sub-exámene, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones en torno a: i) el amparo constitucional especial de los derechos de los niños y ii) el derecho fundamental a la salud de los niños menores de siete años de edad.

3.1. El amparo constitucional especial de los derechos de los niños

Los derechos fundamentales de los niños a partir de la Constitución Nacional de 1991, y dentro del marco del Estado Social de Derecho, han gozado de una protección constitucional especial³, derivada precisamente de la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentra sujeta ese tipo de población infantil, de forma tal que mediante esa protección especial se pretende garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, dando así cumplimiento al principio legal del interés superior.

Es así como el artículo 44 de la Carta Política, define los derechos de los menores como

fundamentales⁴, utilizando un listado enunciativo, toda vez que otros derechos no necesariamente previstos en la disposición constitucional referida, pueden llegar a ser considerados como fundamentales, en aras de hacer efectiva la protección y el interés superior del menor,⁵ tal es el caso de los derechos previstos en los tratados y normas internacionales ratificados por el Estado Colombiano.

Al respecto esta Corporación mediante sentencia C-092 de 2002, manifestó lo siguiente:

“ (...) 5. Prevalencia de los derechos de los niños

La Constitución, en su búsqueda por la efectividad de los derechos fundamentales como fin esencial del Estado social de derecho, consagra una protección especial para algunos sectores de la población, en atención a determinadas características y circunstancias particulares y al papel que ellos cumplen dentro de la sociedad, v. gr. la mujer, los adolescentes, los ancianos, los niños, entre otros (arts. 43, 44, 45 y 46 C.P.).

En efecto, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás por mandato expreso del Constituyente, consagrado en el artículo 44 de la Constitución, lo cual encuentra justificación en que la población infantil es vulnerable y la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento agravan su condición de indefensión. Al referirse al punto, la Corte ha sostenido:

(...)

El principio del interés superior del menor fue consagrado expresamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, así como en la Convención sobre Derechos del Niño, incorporada al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991. De igual manera, diversos instrumentos internacionales, tales como la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, han establecido la obligación de proteger a los niños y han consagrado la prevalencia de sus derechos.

Como se sostuvo ya en otra oportunidad, el artículo 44 superior es el resultado de la incorporación de ese principio del interés supremo del menor en el orden constitucional, consagración que busca garantizar su eficacia, incluyéndolo también como parte de la estructura del sistema normativo como un precepto en el punto más alto de la escala axiológica contenida en el texto constitucional que guía la interpretación y definición de otros derechos.

Bajo estos mismos lineamientos, la Constitución consagró que la asistencia y protección de los niños es una obligación de la familia, la sociedad y el Estado, de manera que su realización se encuentra bajo la vigilancia general de la colectividad, debiendo toda persona denunciar ante la autoridad competente el incumplimiento del deber de asistencia a los niños, para así lograr la respectiva sanción a sus infractores (C.P., art. 44, inciso 2o.). (...)”.

Así mismo, en relación con los derechos fundamentales de los menores y su especial protección, el legislador a través del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989, artículo 20), estableció el deber de protección a los menores, y en ese sentido previó que las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, deben tener en cuenta sobre cualquier otra consideración el interés superior del menor.⁶

3.2. El derecho fundamental a la salud de los niños menores de siete años de edad

De conformidad con lo previsto en los artículos 48 y 209 de la Constitución Nacional, se entiende que la seguridad social es un servicio público que se desarrolla con fundamento en los principios que rigen la función administrativa y además goza de carácter prestacional.⁷

En ese sentido, el artículo 49 superior garantiza a todas las personas el acceso a la salud, de forma tal que en un Estado Social de Derecho ese precepto constitucional no debe ser simplemente una norma programática, sino que el acceso de las personas a la promoción, protección y recuperación de la salud debe gozar de un carácter real y no meramente formal.

En ese entendido corresponde a la entidad pública prestadora del servicio de salud, la organización y disposición de lo necesario para la adecuada prestación del servicio, sin dilaciones injustificadas.⁸

Es pertinente destacar que a la luz de la jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud puede ser considerado como fundamental en razón a los sujetos, es decir, en aquellos eventos en que se trata de menores, de personas de la tercera edad y de mujeres embarazadas, debido a su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención en consideración a que se trata de grupos sociales que la Constitución protege prioritariamente⁹.

En ese sentido, el juez constitucional, en cada caso concreto, tiene el deber legal de examinar las condiciones particulares sometidas a su consideración, de acuerdo con los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional al respecto, tales como: i) que la persona involucrada sea titular del derecho a la prestación, ii) el derecho reclamado esté en conexión directa con un derecho reconocido como fundamental y iii) que no exista otro medio de defensa judicial o, de existir, no resulte idóneo, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable¹⁰.

Ahora bien, en el caso de los menores cuyos derechos detentan el carácter de fundamentales, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 superior, en aquellos eventos en que requieran la prestación de servicios de salud, deben ser atendidos obligatoriamente por la entidad a la que se le soliciten, bien sea de carácter público o privado, y sin tener en cuenta si aquellos tienen o no la calidad de afiliados o beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de forma tal que cuando surge la obligación de prestar los servicios de salud a un menor, como consecuencia de su afiliación al Sistema, la entidad prestadora debe cumplir con la prestación, aunque no se trate de una urgencia.¹¹

En relación con el derecho a la salud de los menores de edad, la Corte mediante sentencia T-864 de 1999, manifestó lo siguiente:

Ahora bien, la situación difiere respecto del derecho a la salud de los menores, como quiera que la jurisprudencia ha dejado en claro que éste es un derecho fundamental por expresa disposición constitucional (C.P. art. 44) (iii). Por lo tanto, el interés superior del menor que le otorga “una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes”, evidencia la intensión constituyente de otorgar una garantía superior cualificada a los menores. Sin embargo, la eficacia directa del derecho fundamental a la salud de los niños

sólo se refiere a la protección de su núcleo esencial (iv), el cual se ha definido con base en tres criterios, a saber: a) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores; b) la imposibilidad de evitar la actitud que se reprocha; c) el riesgo potencial y cierto del derecho a la vida y de las capacidades físicas o psíquicas del niño. (...).”

Ahora bien, la Constitución Nacional, las normas internacionales y la Ley, han previsto un tratamiento especial para los niños menores de siete años de edad con el fin de lograr la protección efectiva que demanda este tipo de población infantil y consecuentemente permitir que su derecho a la igualdad sea efectivo y no una simple falacia normativa.

Es así, como la Constitución Nacional en el artículo 50, establece que todo niño menor de un año, que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, comprometiendo en esa medida a las autoridades encargadas de prestar el servicio de salud, en su protección, dada la inmadurez física y mental del recién nacido y su especial vulnerabilidad.¹²

Diversas normas internacionales ratificadas por el Estado Colombiano tales como la Convención sobre derechos de los niños¹³, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, en general consolidan a los menores como titulares de derechos fundamentales y que por tanto pueden exigirlos directamente.

Por su parte, el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) en el artículo 9º, prevé que todos los niños hasta los siete años de edad, tienen derecho a la atención integral de su salud, y por tanto con el fin de dar cumplimiento a esa obligación el Estado debe establecer programas especializados para el efecto.

Sobre esta materia, la Corte mediante sentencia T-953 de 2003, manifestó lo siguiente:

“ (...) Aspecto de especial significación, dentro de la situación jurídica de los menores, en el plano internacional, viene a ser la satisfacción de sus necesidades básicas y, entre ellas, el

derecho de los niños a disfrutar “del más alto nivel posible de salud física y mental”, obligación refrendada en el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño, a cuyo tenor literal los Estados Partes se comprometen a asegurar la atención médica y necesaria de todos los niños, en especial la atención primaria en salud.

(...)

Consecuente con lo expuesto, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha desarrollado el concepto de interés superior de los menores, destacando cómo para la Carta el derecho de éstos a la salud es siempre fundamental “tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de tutela sólo es posible en la medida en su desconocimiento puede afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional”.

También la Corte se ha detenido en la aplicación real y efectivo de los derechos de los niños previstos en el artículo 44 de la Carta, en cuanto esta disposición, entendida conjuntamente con los artículos 5° y 13 constitucionales, indica que no puede plantearse un conflicto de intereses en cuyo extremo se encuentre la protección integral de un menor, porque cuando se trata de los derechos de los niños estos prevalecen sin otra consideración. (...).”.

Así pues, es claro que en aquellos casos en que está de por medio la salud de un niño independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor, se le debe prestar una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función sin que ello dé lugar a dilaciones injustificadas, en especial cuando se trata de un menor de siete años. Así las cosas, se vulneran, entonces, los derechos fundamentales de una niña de seis años cuando no se le permite el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.

4. El régimen de salud subsidiado y el Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales -SISBEN-

Ahora bien, el régimen subsidiado en materia de salud se encuentra previsto en el artículo 211 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

“ (...) CAPITULO II

DEL REGIMEN SUBSIDIADO

ARTICULO 211. Definición. El Régimen Subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley. (...)."

El artículo 213 de la Ley 100 de 1993, establece las condiciones para ser beneficiario del régimen subsidiado de salud y en ese sentido dispone:

"Beneficiarios del régimen. Será beneficiario del régimen subsidiado toda la población pobre y vulnerable, en los términos del artículo 157 de la presente ley.

"El gobierno nacional, previa recomendación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá los criterios generales que deben ser aplicables por las entidades territoriales para definir los beneficiarios del Sistema, según las normas del régimen subsidiado. En todo caso, el carácter del subsidio, que podrá ser una proporción variable a la Unidad de pago por capitación, se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia, y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda.

"Las personas que cumplan con los criterios establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto."

A su vez, el artículo 215 de la misma Ley 100, prevé lo relativo a la administración del régimen de salud subsidiado así:

" (...) ARTICULO 215. Administración del Régimen Subsidiado. Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado

prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio. (...)”.

Por su parte, el artículo 30 de la Ley 60 de 1993, prevé lo relativo a la focalización del gasto social, entendido como un proceso mediante el que se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más vulnerables, constituyéndose por tanto -en un instrumento básico para lograr que determinados programas destinados a grupos específicos lleguen efectivamente a esos grupos sociales escogidos como objetivos-.¹⁴

En los términos antes descritos, y con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 48 y 49 constitucionales que, establecen el derecho a la seguridad social y a la salud¹⁵, así como al mandato legal previsto en la Ley 100 de 1993, en lo relativo al régimen de salud subsidiado, el Gobierno Nacional creó el programa social denominado “Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales -SISBEN-”¹⁶, como un instrumento que consiste en un conjunto de reglas, normas y procedimientos, que permiten obtener información socioeconómica confiable y actualizada de grupos específicos en todos los distritos y municipios del país, y cuyo objetivo general es establecer un mecanismo técnico, objetivo, equitativo y uniforme de selección de beneficiarios del gasto social para ser usado por las entidades territoriales, con el fin de prestar en forma adecuada el servicio de salud dirigido a los sectores sociales que cuentan con menores recursos.¹⁷

Así pues, mediante la instauración y desarrollo del SISBEN, el Estado Colombiano ha conseguido ejecutar una política pública con carácter social, dirigida a lograr la cobertura en salud para el régimen subsidiado en los sectores sociales más vulnerables, es decir, aquellos segmentos de la población cuyos recursos económicos son escasos, con el propósito de que puedan acceder en forma regular y continua al servicio de salud, exigiendo para ello solamente el cumplimiento de unos requisitos legales mínimos.

5. El deber de informar al afiliado que solicita la prestación de un servicio no incluido en el POS por parte de las entidades administradoras del régimen subsidiado-ARS-

La jurisprudencia constitucional ha establecido el deber de orientación e información en el acceso al servicio del régimen general de seguridad social en salud que tienen las entidades prestadoras del servicio de salud, bien sea que se trate de Entidades Promotoras de Salud -EPS- o Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS-, frente al usuario del servicio.

En ese sentido, la Corte ha señalado que frente a la complejidad de la reglamentación de la protección dentro del régimen subsidiado y vinculado de seguridad social en salud, se hace necesario que las entidades de carácter administrativo encargadas de coordinar la clasificación de la población en el SISBEN, aquellas que tienen a su cargo autorizar los servicios con recursos a la oferta y las que prestan los servicios médicos -ARS-, asuman un papel instructivo para que se facilite la utilización de servicios del mencionado régimen por parte de los sectores sociales que lo demanden.¹⁸

Es así como, con fundamento en los principios que rigen el sistema de seguridad social en salud, la Corte ha establecido una serie de obligaciones de información y coordinación a cargo de las ARS para que los derechos fundamentales de las personas que deben acudir a las instituciones públicas se hagan efectivos, sin que tengan que soportar la carga que se deriva de la imprecisión legal o reglamentaria en cuanto a los procedimientos de remisión de los pacientes a las instituciones que reciben subsidios a la oferta.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha sido clara y reiterativa en el sentido que las ARS no pueden limitarse a rechazar lo pedido por el afiliado cuando se trate de un tratamiento o medicamento excluido del POSS, toda vez que los principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta¹⁹ previstos en el artículo 13 superior, imponen a la ARS el deber de informar al afiliado que solicita la prestación de un servicio no incluido en el POSS del régimen subsidiado, sobre las posibilidades concretas de acudir a otras instituciones públicas o privadas que tengan contrato con el Estado, en procura de los servicios requeridos, de conformidad con el mandato previsto²⁰ en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

La Corte además ha señalado, que la entidad prestadora de salud, tiene la obligación de informarle de manera precisa al afiliado sobre cuáles son las autoridades municipales, distritales o departamentales de salud, que tienen a su cargo la administración y asignación de los subsidios a la oferta para que le informen específicamente qué instituciones públicas o privadas que hayan suscrito contrato con el Estado se encuentran en capacidad de suministrarle el servicio de salud que demanda.²¹ Aún más, la ARS también tiene la labor de informar a las personas bajo su cuidado a qué entidades pueden acudir, en aquellos eventos en que son excluidas del régimen subsidiado y cuya atención no les corresponde asumir directamente, de suerte que se garantice así una prestación continuada del servicio de salud,

sin que los trámites administrativos se constituyan en un obstáculo para la protección de los derechos fundamentales.

Al respecto, la Corte mediante sentencia T-134 de 2002, manifestó lo siguiente:

“ (...) 3.1. Las entidades promotoras de salud tienen el deber de asistir de manera permanente a sus afiliados, así no estén obligadas a prestar directamente el servicio

(...)

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 vinculación 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.

Lo anterior porque mientras permanezca el usuario afiliado al Sistema de Seguridad Social en salud la empresa promotora o a la administradora debe velar por su atención integral, aunque determinadas acciones y procedimientos no les correspondan adelantarlos directamente.

De ese modo el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S y a las A.R.S. de toda responsabilidad respecto de la atención de sus usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud arguyendo que el procedimiento requerido no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios que rigen la prestación del servicio, porque aunque la actividad no esté incluida en el Plan, el doliente sigue siendo su afiliado y por ende su recuperación se encuentra bajo su cuidado y responsabilidad.

Por ello de manera reiterada esta Corte ha venido insistiendo en que tanto las empresas promotoras, como las administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud, están obligadas a informar, orientar, apoyar y acompañar al usuario que demanda una atención no incluida en los Planes obligatorios, en especial cuando tiene derecho a demandar del Estado la prestación. Obligaciones estas que se deben evaluar en cada caso, analizando los

condiciones del afiliado y las particularidades de su padecimiento, porque es posible que algunos pacientes solamente requieran una debida información, pero otros pueden demandar no solo información sino además el acompañamiento y la coordinación de la E.P.S. o la A.R.S. durante la demanda de atención y el proceso de su recuperación (...).”

Finalmente, esta Corporación ha complementando la labor de asesoría e información de las ARS, y para esos fines ha vinculado incluso, en varias oportunidades a las autoridades municipales y departamentales de salud, mediante órdenes para que dichas autoridades le informen al paciente qué instituciones públicas o privadas tienen la capacidad para atender la patología de que se trata o para garantizar el tratamiento o la entrega de los medicamentos requeridos, en aras de lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas que interponen tutelas con el objeto de que se les presten servicios médicos excluidos del POSS.²²

6. El POSS y las condiciones para otorgar el tratamiento que se encuentre excluido del Plan de Beneficios

El artículo 13 del Decreto 806 de 1998, define el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado en los siguientes términos:

“ ART. 13. Plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POSS. Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen subsidiado y que están obligadas a garantizar las entidades promotoras de salud y las cajas de compensación familiar debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del régimen subsidiado.

El contenido del plan subsidiado será definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. (...).”

Ahora bien, aunque el propósito principal del régimen de salud subsidiado es lograr que haya una cobertura amplia y mayoritaria, debido a la administración de los recursos y en aras de lograr que la focalización del gasto social sea efectiva, se han previsto una serie de exclusiones y limitaciones²³ para la prestación de ciertos servicios de salud. No obstante la circunstancia antes descrita, la normatividad vigente señala que cuando el interesado está afiliado al régimen subsidiado, puede acudir a las instituciones públicas o a las privadas con

las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, y además según la misma norma, en el caso de los beneficiarios de este régimen subsidiado²⁴, éstos tendrán prioridad para ser atendidos.

En ese sentido, concretamente, el Acuerdo No. 72 del 29 de agosto de 1997, “Por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado”, emitido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, del entonces Ministerio de Salud, señala en el artículo 4 lo siguiente:

“Artículo 4.- La complementación de los servicios del POSS, a cargo de los recursos del subsidio a la 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 sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el POSS, 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 servicios para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.”
(subrayado fuera de texto)

En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha establecido que sólo procede la tutela para proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida, en aquellos eventos en que: i) la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos, afecta las condiciones de existencia digna, ii) el medicamento, diagnóstico o tratamiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del Plan Obligatorio de Salud, iii) se encuentre probada la incapacidad económica, esto es que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento, de la prueba médica, o del tratamiento que demanda y iv) el medicamento, el examen diagnóstico o el tratamiento hayan sido prescritos por un médico tratante adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliado el demandante.²⁵

Así pues, la primera exigencia prevista, relativa a que el tratamiento médico que se demanda sea necesario para garantizar el derecho fundamental a la vida, se refiere a que es necesario que la enfermedad o patología que padezca el paciente se encuentre dentro de aquellas que

la normatividad vigente ha calificado como enfermedades catastróficas o ruinosas²⁶, o que, aún no encontrándose calificada en ese rango médico, la no práctica del tratamiento o procedimiento médico que demanda el paciente pueda llegar a generar deterioro en su salud, atentando contra el derecho a la vida, especialmente si se trata de menores de edad.

En ese entendido, en aquellos eventos en que la no práctica del tratamiento médico requerido o el suministro del medicamento solicitado no vulnere algún derecho fundamental, es decir, no ponga en riesgo el derecho a la vida ni a la salud, la acción de tutela se torna improcedente, ni si quiera como mecanismo transitorio, toda vez que es imposible establecer claramente la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues solamente existe el supuesto de una consecuencia a futuro cuya ocurrencia no se encuentra probada.²⁷

En lo atinente a la cuarta exigencia, esto es que se encuentre probada la incapacidad de pago, esta Corporación mediante sentencia T-410 de 2002, señaló lo siguiente:

“ (...) Así mismo se presume que el paciente no puede sufragar el costo del examen ni de los medicamentos requeridos porque al encontrarse afiliada al Sisben nivel 1, se presume su incapacidad para sufragar el costo de los exámenes y del tratamiento prescritos por un médico de la entidad prestadora de servicios de salud a la cual está afiliada (...)”.

En ese orden de ideas, considerando que el derecho a la salud es fundamental por conexidad con el derecho a la vida, de forma tal que cuando una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta por encontrarse enferma y merece protección especial del Estado, especialmente en aquellos eventos en que se trata de una persona perteneciente al SISBEN y necesita la práctica de un tratamiento médico o el suministro de un medicamento que no está cubierto por el POSS; para que el amparo constitucional por vía de tutela proceda, es indispensable que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; de forma tal que cuando la persona cuenta con medios de pago, se desvirtúa la presunción establecida a su favor, esto es que por el hecho de estar afiliada al régimen de salud subsidiado -SISBEN- no puede sufragar el costo del tratamiento médico que demanda.

En lo relativo al último requisito, si bien es cierto que esta Corporación ha sostenido que cuando el derecho fundamental a la vida esté amenazado, se podrá ordenar eventualmente por vía de tutela el suministro de medicamentos o la práctica de tratamientos médicos que

estén excluidos o que no figuren en el listado del POSS, es necesario que las actividades, tratamientos, medicamentos o intervenciones y procedimientos, hayan sido ordenados por el médico tratante de la entidad promotora de salud obligada a prestar el servicio de salud²⁸, de forma tal que de no cumplirse esa exigencia la respectiva EPS no tiene ninguna obligación de proporcionar el servicio médico requerido.²⁹

Al respecto, la Corte mediante la sentencia SU-480 de 1997, señaló lo siguiente:

“(...)El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente. Cuando lo recetado en las anteriores condiciones no figura en la lista de medicamentos que el Ministro de Salud o la Entidad correspondiente elabora, de todas maneras la entidad afiliadora lo debe proporcionar (...)”.

En ese orden de ideas, lo que se pretende es garantizar el derecho al diagnóstico, en otras palabras, el paciente tiene derecho en primer término a conocer con certeza sus padecimientos y el tratamiento que requiere. Así mismo, el propósito es controlar y aliviar a tiempo las dolencias que lo aquejan o que lo pueden afectar, amén de que se ordenen, autoricen y practiquen en forma oportuna, eficiente y completa los procedimientos prescritos.³⁰

7. Caso Concreto

En el caso objeto de revisión, el accionante reclama el derecho a la atención en salud que le ha sido negado a su hija Adriana Yurani Acosta, por parte de CAFESALUD ARS, a pesar de que padece una enfermedad que afecta su visión (estrabismo), con el argumento que el procedimiento médico que la menor demanda se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POSS- debido al tipo de patología y a la edad de la menor.

Es pertinente puntualizar, que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la menor Adriana Yurani Acosta padece de una patología calificada a nivel médico como estrabismo, que afecta la visión de su ojo izquierdo paulatinamente,³¹ y le ocasiona dolores de cabeza, mareos y cansancio excesivo en el ojo derecho.

Ahora bien, encuentra la Sala, que como lo señala la entidad accionada, en su escrito de contestación a la demanda de tutela,³² de acuerdo con el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POSS-, no estaría en la obligación de practicar la intervención quirúrgica de estrabismo que requiere la menor Adriana Yurani Acosta a nombre de quien se interpuso la acción de tutela, toda vez que ese tipo de tratamientos se encuentran excluidos del POSS, siendo el Estado el responsable de asumirlos.

No obstante los argumentos antes esgrimidos, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte a la que se hizo alusión en los apartes precedentes de esta providencia, en el caso sub-exámíne la no práctica de la intervención quirúrgica de estrabismo que demanda la menor Adriana Yurani Acosta, atenta contra su derecho a la vida en condiciones dignas, que debe garantizar el Estado, especialmente en aquellos eventos en que se trata de menores de edad.

Prueba de ello, es que el médico forense que valoró a la menor, dictaminó que la práctica de la intervención quirúrgica que le fue ordenada -mejoraría ostensiblemente la calidad de vida de la paciente ya que se encuentra en un estado en el cual su visión no es normal y esto le dificulta desenvolverse adecuadamente en las actividades propias de la edad-³³, en ese sentido, aclara que si bien la cirugía que se le debe practicar debe hacerse en forma programada, toda vez que no es urgente,- igual debe realizarse-.³⁴

Es pertinente aclarar, que en efecto como lo señala la entidad accionada, el tratamiento médico requerido por la menor Adriana Yurani Acosta se encuentra excluido del listado del POSS, y no ha sido ordenado por un médico de la entidad, en consecuencia no se cumplen los presupuestos requeridos y por ello CAFESALUD no tiene la obligación de proporcionar el tratamiento médico solicitado. Además, el Acuerdo No. 72 de 1997 excluye las consultas de oftalmología y optometría para los casos de estrabismo que padezcan niños mayores de cinco (5) años, así como la atención hospitalaria de mayor complejidad para el mismo tipo de diagnóstico y grupo de población infantil.

No obstante, las consideraciones hechas con anterioridad, se reitera como quedó establecido en los apartes precedentes de ésta providencia, que los derechos de los menores priman sobre los derechos de las demás personas, situación que se encuentra reconocida constitucionalmente, y de allí se deriva entonces su especial protección y cuidado. Por

consiguiente, el juez constitucional no puede denegar por improcedente la tutela, sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto objeto de estudio y el efecto que tendría la falta de protección efectiva sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente si se trata de menores de siete años, como en efecto lo es en el caso subjudice.

En ese sentido, para la Sala es claro, que si bien CAFESALUD no se encuentra obligada inicialmente a practicar la intervención quirúrgica requerida por Adriana Yurani Acosta, sí tiene el deber de diagnosticar la enfermedad que padece, pues dicha prescripción es urgente en la medida en que permitirá determinar con certeza el procedimiento médico al que debe ser sometida la menor en aras de lograr el restablecimiento de su salud.

Ahora bien, de conformidad con las pruebas aportadas al expediente no cabe duda que la menor Adriana Yurani Acosta se encuentra vinculada al SISBEN en el Nivel II de pobreza y que su padre no cuenta con un trabajo estable, motivo por el que se le dificulta contar con un ingreso fijo para costear el tratamiento médico que requiere su hija.

En esos términos, es claro entonces que la ARS CAFESALUD vulnera los derechos fundamentales de la menor Adriana Yurani Acosta, pues como se estableció se encuentra obligada a emitir un diagnóstico en relación con la enfermedad que padece la niña, y adicionalmente tiene el deber de acompañarla y asesorarla en todos los trámites que deba adelantar ante las entidades del Estado, de forma tal que, no le basta a la entidad accionada informarle al tutelante que por normas legales no puede cubrir los servicios requeridos por su menor hija, ni señalarle que puede acudir a las instituciones públicas o privadas con las que el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el efecto³⁵, toda vez que esa simple información, no protege efectivamente los derechos de la menor y desconoce el deber legal que le asiste a la entidad para esos fines.

Así las cosas, el juez de tutela debe ordenar a la entidad accionada que autorice la remisión de la menor a efecto de que sea debidamente valorada por un médico adscrito a esa entidad y una vez se establezca que patología padece la menor y se indiquen los procedimientos médicos a seguir, deberá igualmente asesorar, orientar, apoyar y acompañar al tutelante durante todos los trámites que deba surtir ante las entidades departamentales de salud, con el fin de que acceda de manera efectiva por intermedio de una institución pública a la atención en salud que su menor hija demanda.

En conclusión, la Sala revocará el fallo emitido por el juez de primera instancia y en su lugar concederá el amparo constitucional solicitado.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Civil Municipal de Bucaramanga dentro de la acción de tutela instaurada por Edgar Acosta Pacheco en representación de la menor Adriana Yurani Acosta Navarro contra la ARS CAFESALUD-Seccional Santander-, y en su lugar CONCEDER el amparo impetrado en relación con los derechos fundamentales de la menor Acosta Navarro, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. ORDENAR a la ARS CAFESALUD -Seccional Santander- que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contados a partir de la notificación de esta sentencia, remita a la menor para que sea valorada y diagnosticada su enfermedad por un médico adscrito a esa entidad.

Tercero.- ORDENAR a la ARS CAFESALUD -Seccional Santander- que una vez efectuada la valoración médica a la menor Adriana Yurani Acosta, en el evento en que los procedimientos médicos que ésta requiera no se encuentren incluidos en el -POSS-, informe y acompañe al padre de la niña en todos los trámites que deba surtir ante las entidades departamentales de salud, para que los procedimientos que demanda sean realmente practicados, así mismo se deberán realizar todos los exámenes que pueda llegar a necesitar y brindar todos los cuidados que requiera durante su tratamiento.

Cuarto.- ORDENAR a la ARS CAFESALUD -Seccional Santander- que practique todos los procedimientos y exámenes médicos que requiera la menor Adriana Yurani Acosta, en el término de los tres (3) meses siguientes, contados a partir de la fecha de esta providencia, si no fuere posible su realización por parte de una entidad con la que el Estado tenga contrato para esos efectos.

Quinto. AUTORIZAR a la ARS CAFESALUD –Seccional Santander- para que de ser necesario haga efectivo el derecho que le asiste de repetir contra el Estado, por lo que pague en cumplimiento de la orden emitida en esta sentencia, ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud –FOSYGA-.

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

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver folio 15 del Expediente.

2 Ver folios 18-19 y 27-28 del Expediente.

3 Corte Constitucional, sentencia T421 de 2001.

4 ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia

física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

5 Al respecto ver entre otras, las sentencias T-412/95, T-1430/00, C-1064/00, C-092/02, T189/03 y T-212/03.

En relación con el interés superior del menor ésta Corporación mediante sentencia C-1064 de 2000, señaló lo siguiente: “ (...) En el Estado social de derecho colombiano constituye un fin esencial adelantar precisas acciones que permitan a los menores de edad alcanzar un desarrollo armónico e integral, en los aspectos de orden biológico, físico, síquico, intelectual, familiar y social. La población infantil es vulnerable y la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento agravan su indefensión. Son considerados como grupo destinatario de una atención especial estatal que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico superior que irradia todo el ordenamiento jurídico. Dicho interés supremo del menor se revela como un principio, el cual implica una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucra, el cual obtiene reconocimiento en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional como en el nacional.(...)”.

6 Ver al respecto la sentencia C-019 de 1993.

7 Ver entre otras, las sentencias T-933/00, T-1104/00, T-689/01, T-1305/01T-633/02 y T-946/02.

8 Al respecto ver entre otras, las sentencias T-933/00, T-406/01, T-854/02 y T-946/02.

9 Ver al respecto la sentencia SU-819 de 1999.

10 Corte Constitucional Sentencias T-348 de 1997 y T-752 de 1998.

11 Al respecto ver las sentencias SU-225/98, T-864/99, T-850/01, T-220/03 y T-240/03.

12 Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-953 de 2003, señaló lo siguiente: “ (...) Consecuente con lo expuesto, el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 incluye dentro del plan obligatorio de salud para los menores de un año la educación, la información, el fomento de la salud y de la lactancia materna, la vigilancia de su crecimiento y desarrollo, la prevención de las enfermedades - incluyendo inmunizaciones -, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia - incluidos los medicamentos esenciales -, además de la rehabilitación, cuando hubiere lugar.

Atención integral en salud que las gestantes pueden exigir, sin que para el efecto cuente el número de semanas cotizadas - artículo 63 del Decreto 806 de 1998-, y que en el régimen subsidiado comporta, además, el derecho a un subsidio alimentario para la madre, consistente en alimentos y nutrientes, a fin de que durante la gestación y el año siguiente las madres cuentan con una dieta adecuada. (...)”.

13 Crf. En sentencia T-953 de 2003, se destacó que la Convención sobre los derechos del niño hace énfasis en el deber que tiene los Estados partes que suscribieron el pacto, de reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en el mismo sentido se puede consultar el artículo 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

14 Sobre este tema, consultar la Cartilla No.1, expedida por el Departamento Nacional de Planeación -DNP-, Unidad de Desarrollo Social -UDS-, sobre el SISBEN y el Documento del Conpes Social No.055 “Reforma del Sistema de Focalización Individual del Gasto Social” emitido por el Departamento Nacional de Planeación -DNP- el 22 de noviembre de 2001.

15 “ (...) ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que

se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. (...)”.

“ (...)ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. (...)”.

16 Ver al respecto la sentencia T-961 de 2001.

17 Op.cit., Cartilla No.1 Departamento Nacional de Planeación -DNP-.

18 Corte Constitucional, sentencia T-841 de 2002. En esa ocasión, ésta Corporación manifestó lo siguiente:

“ (...) Se trata pues de una persona perteneciente al SISBEN en el Nivel 2 de pobreza, a quien no se le ha asignado una A.R.S. Sin embargo, según lo tiene definido la jurisprudencia de esta Corporación, el hecho de carecer de una ARS, no impide que puede hacer valer sus derechos

fundamentales. Una persona que ya está vinculada, así se le diga que es potencialmente beneficiaria, tiene derecho a que el Sisben principie a tratarla, el tratamiento iniciado no puede quedar trunco porque esto también atentaría contra la buena fe del beneficiario o potencial beneficiario. Esto hace parte del principio de la confianza legítima que permite conciliar, en ocasiones, el interés general y los derechos de las personas¹⁸. Esa confianza legítima se fundamenta en los principios de la buena fe (artículo 83 C.P.), seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), respeto al acto propio y adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado (...).”.

19 Sobre el particular, pueden consultarse entre otras las sentencias T-752/98; T-261/99, T-549/99; T-911/99, T-517/00, T-910/00 y T-143/02.

20 “ (...) ARTICULO 31. Prestación de Servicios no cubiertos por el POS subsidiado. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlos de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.

21 Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-752/98, T-549/99, T-911/99, T-1227/00, T-452/01, T-524/01, T-082/03 y T-106/03.

22 Ver al respecto la sentencia T-452 de 2001.

23 “DECRETO 806 DE 1998, ART.10. Exclusiones y limitaciones. 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. En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos,

medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios médicos, organización mundial de la salud y la organización panamericana de la salud”.

24 *Ibíd*, artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

25 En relación con ésta última exigencia, la Corte mediante sentencia T-740 de 2001, estableció que médico tratante, es el profesional vinculado laboralmente a la respectiva E.P.S. que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente, de forma tal que de no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la E.P.S. encaminadas a la realización de tratamientos determinados por médicos particulares. En igual sentido, la sentencia T-220 de 2003.

26 En lo relativo a la atención en salud a cargo de las EPS, por el padecimiento de enfermedades catastróficas o ruinosas, ver la sentencia T-501 de 2002.

27 En relación con el derecho a la salud de los menores y la negativa del amparo constitucional solicitado por vía de tutela, dada la inexistencia de una amenaza o vulneración cierta, consultar la sentencia T-1075 de 2001.

28 En ese sentido, conviene recordar que ésta Corporación ha señalado que las EPS, no pueden oponer como argumento de la no realización de un examen médico, la no inclusión del mismo en el P.O.S. si este fue formulado por el médico tratante, es la posición de la jurisprudencia, desde la sentencia SU-480 de 1997 reiterada en varias ocasiones en las sentencias T-289 de 2001 y T-627 de 2002, entre otras.

29 Al respecto, ver entre otras las sentencias T-1240/00, T-256/02, T-350/02, T-991/02 y T-1125/02.

30 Al respecto, consultar entre otras las sentencias T-082/03, T-087/03, T-137/03, T-178/03 y T-220/03.

31 A folio 18 del Expediente, obra el concepto emitido por un médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal - Dirección Seccional de Santander-, prueba que fue practicada en sede de tutela a solicitud del a-quo, con el fin de determinar el estado de salud y la clase de enfermedad que padece la menor Adriana Yurani Acosta, el peritazgo médico fue rendido

en los siguientes términos:

“ (...) ENFERMEDAD ACTUAL

El padre de la paciente refiere que esta sufre de estrabismo desde hace dos años y medio para lo cual se inició tratamiento médico desde hace año y medio sin mejoría aparente de su problema, además se ha venido presentado cefálea, mareo y epífora izquierda desde el inicio del manejo con lentes (...)

EXAMEN FISICO

Paciente en buenas condiciones generales, alerta, orientada, hidratada, signos vitales: FC:88, MIN, FR, 22 MIN, C/C: Normocefalea, conjuntivas rosadas, al examen oscilar se observa desviación interna del globo ocular izquierdo, agudeza visual cercana: OI 20/70, OD:20/40, mucosa oral húmeda, C/P: ruidos cardíacos rítmicos, pulmones bien ventilados, abdomen, ruidos intestinales positivos, blando sin masas ni dolor a la palpación, extremidades eutroficas sin edemas, sin déficit motor ni sensitivo aparente.

DISCUSION

Paciente de 6 años de edad con estrabismo evidente diagnosticado por especialista particular desde hace aproximadamente 2 años, desde esa le fueron ordenados lentes que utiliza hasta la fecha, le fue solicitada cirugía que hasta la fecha no ha sido ordenada por la respectiva EPS (...)."

En el dictámen se solicitó una copia de la Historia Clínica de la menor con el fin de complementar el dictámen médico inicial.

32 Ver copia de la contestación de la accionada al folios 20 al 26 del expediente.

33 A folios 27-28 obra el concepto emitido por el médico forense del Instituto de Medicina Legal -Dirección Seccional de Santander-, emitido con fundamento en la Historia Clínica de la menor Adriana Yurani Acosta que para esos fines le remitió la Clínica Carlos Ardila Lulle.

35 A folio 12 del Expediente obra copia del Formato de Negación de Servicios de Salud expedido por la ARS CAFESALUD, en el que consta que la ARS accionada, solamente se limitó

a suministrar al actor la información sobre la entidad pública (Secretaría de Salud Departamental) que puede practicar la cirugía que requiere su menor hija.