

REVISTA ELECTRONICA DE DERECHO PUBLICO MINIMO

JURISPRUDENCIA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LA JUVENTUD

Por

Libardo Orlando Riascos Gómez

Nicolás Riascos Benavides

Lriascos@udenar.edu.co

Nickmaster28@hotmail.com

2010

Temas:

1. **Análisis del derecho a la salud y la vida de las madres que están en estado de embarazo**
2. **La Corte reitera que** “el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad”.

Corte Constitucional, Sentencia T-1037-2000, Agosto 9

Referencia: expediente T-310962

Accionante: Yosline Franco Pérez

Accionado: Servicio Occidental de Salud

S.A. "S.O.S." Entidad Promotora de Salud.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil (2000).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela N° T-310962 promovida por la señora Yoseline Franco Pérez contra Servicio Occidental de Salud S.A. "S.O.S.", Entidad Promotora de Salud.

ANTECEDENTES

Hechos

La ciudadana Yoseline Franco Pérez, presentó acción de tutela en contra de Servicio Occidental de Salud S.A. "S.O.S.", Empresa Promotora de Salud de Risaralda, por considerar que esa entidad le está violando sus derechos fundamentales, - especialmente el derecho a la salud -, al negarse a practicarle un examen denominado "Cariotipo", de índole genético.

Para precisar las razones que motivaron la presente acción de tutela, la peticionaria empieza su escrito señalando que hace unos meses su primer embarazo se complicó y su bebé no logró la gestación completa y normal, razón por la cual tuvo que someterse a una cesárea. A raíz de ese episodio, el médico consideró fundamental que a la accionante se le realizara un "Cariotipo", para saber si el diagnóstico por él dado como médico general era compartido por el especialista y de esta forma brindarle el tratamiento correspondiente a la peticionaria.

La accionante, en consecuencia, solicitó a la entidad que le presta los servicios de salud, la correspondiente autorización para asistir a la genetista y tomarse los exámenes que el médico general le solicitó, pero allí le manifestaron que no era posible la cita con dicho especialista y mucho menos la práctica de los exámenes, ya que tales servicios no estaban incluidos dentro de aquellos que presta la E.P.S., no sólo porque no cuenta con esa clase de especialista, sino porque ese tipo de examen debe ser asumido por la paciente.

En vista de esa situación, cotizó los exámenes con una médico particular y se le informó que tendrían un valor aproximado de \$110.000 pesos cada examen. Como no cuenta con ese dinero, y no es un sólo examen sino varios, considera la accionante que su no practica por parte de la E.P.S. atenta contra su derecho a la salud " ya que como me lo dijo el médico general, que me atendió en el parto, tengo una posible enfermedad que requiere de atención médica (...) lo cual contribuyó a que mi bebé naciera con malformaciones que a su vez le ocasionaron la muerte, lo que indica que si no me practico dichos exámenes a tiempo no sólo no puedo tener hijos; sino que puedo tener problemas de salud...".

Por consiguiente, solicita que se ordene a la entidad promotora de salud a la que se encuentra afiliada, que le practique los exámenes genéticos que requiere, y de no contar con especialista interno, contrate un especialista externo para el efecto.

Intervención Servicio Occidental de Salud S.A. "S.O.S." S.A. E.P.S.

La ciudadana Neicy Restrepo, Directora de la Sede Pereira de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.A. "S.O.S.", intervino dentro del proceso, y presentó los siguientes comentarios respecto a la situación de la accionante : i) El Plan Obligatorio de Salud, POS, es el conjunto básico de atención en salud a que tiene derecho todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto. El

contenido del POS es definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud e incluye educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, en los diferentes niveles de complejidad así como el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica. ii) De ahí que las E.P.S. deban prestar los servicios de salud establecidos en el artículo 162 de la Ley 100/93, conforme al Manual de intervenciones, actividades y procedimiento y el listado de medicamentos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Por ende, de conformidad con la Resolución No 5261 de 1994, artículo 18, existen exclusiones y limitaciones al POS, entre ellas, las incluidas en el numeral o) relacionado con "actividades, intervenciones o procedimientos no expresamente considerados en el presente manual". iii) En el caso de la demandante, la E.P.S afirma que ha cumplido con las disposiciones de ley en lo relacionado con los servicios que le ha prestado a la accionante. El examen que ella solicita, es en consecuencia un examen no incluido en el POS y por consiguiente debe ser cancelado por la peticionaria. Precisa la E.P.S. que el hecho de que la demandante se realice o no esos exámenes, no determina que su vida esté en peligro; tampoco que el derecho a la salud se encuentre vulnerado en su caso, porque no se encuentran comprometidos ni la vida, ni la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad o el trabajo.

Por ende, solicita que se deniegue la tutela de la referencia, teniendo en cuenta además que la entidad accionada no considera que la entrega de lentes atente contra la vida de la usuaria o la esponja a algún peligro.

Pruebas

Dentro de las pruebas que se encuentran en el expediente podemos resaltar, entre otras, las siguientes:

a) Copia de un documento expedido por el Hospital de Caldas, Empresa Social del Estado, en el que se expresan los resultados del examen externo, interno y microscópico, del feto de 27 semanas de gestación, de la demandante.

b. Copia de un examen de diagnóstico de noviembre de 1999, en el que se señala como fundamental por el médico tratante, "realizar cariotipo a la pareja para corroborar el diagnóstico".

c) Copia de un formato de la historia Clínica de la demandante, relacionado con los aspectos genéticos de la paciente.

Sentencia objeto de Revisión.

Correspondió el conocimiento del presente caso en primera instancia, al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, quien mediante providencia del dieciocho de noviembre de 1999, denegó la tutela de la referencia.

En opinión del juez de instancia, "no encuentra el juzgado que a la accionante se le esté vulnerando el derecho fundamental a la vida por parte de la Entidad Promotora de Salud S.O.S. a la cual se encuentra afiliada; pues la no práctica de los exámenes ordenados por el médico tratante y el tratamiento posterior que se pretende, no ponen en riesgo la vida de la accionante".

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

En mérito de lo expuesto, esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

Fundamentos Jurídicos.

Reiteración de Jurisprudencia relacionada con el tema de salud y vida.

1. Ha sido profusa la jurisprudencia constitucional relacionada con el tema del derecho a la salud y del derecho a la vida. Por ende y de conformidad con los parámetros determinados en la mencionada jurisprudencia, es pertinente tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a. Esta Corporación ha sostenido, que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental.
- b) Ahora bien, el concepto de vida al que en reiteradas ocasiones ha hecho alusión esta Corporación, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende entonces, es respetar la situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable", en la medida en que sea posible.
- c) De conformidad con lo anterior y sin olvidar su relación directa con la vida y la calidad misma de ella, se ha entendido por derecho a la salud,

"la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento..."

De ahí que un concepto restrictivo de protección a la vida, que desconociera las anteriores precisiones, llevaría automáticamente al absurdo de la negación del derecho a la recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud y vida, de las personas.

d) Por tal motivo, esta Corporación ha manifestado en otras ocasiones, que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad el derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del derecho a la vida y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente ese derecho o la calidad de vida de las personas, atendiendo cada caso específico.

e) Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la naturaleza prestacional que también este derecho tiene. En efecto, al derecho a la salud le ha sido reconocida una naturaleza prestacional, derivada del deber del Estado de garantizar el servicio de salud y el saneamiento ambiental, establecidos en el artículo 49 de la Constitución. Esa naturaleza, emanada de la decisión del Constituyente de establecer unos objetivos y programas propios del Estado Social de Derecho, implica que desde el punto de vista prestacional el derecho a la salud se encuentra supeditado a procedimientos legales, programáticos y operativos que materializan el alcance y efectividad de ese derecho como un servicio público paulatinamente extensivo a todos los ciudadanos. Por tal razón, el derecho a la salud entendido desde este punto de vista prestacional, de infraestructura y acceso, requiere para su concreción de un desarrollo legal, apropiación de recursos, etc. En ese orden de ideas, es al Estado a quien se le "impone el deber de concretar, organizar, dirigir y reglamentar, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, todo un sistema prestacional en materia de salud con la participación de entidades públicas y privadas, bajo la vigilancia y control de aquél, a través del cual se busca garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y de saneamiento ambiental (artículos 49, 365 y 366 C.P.)."

f) En consecuencia en materia de salud, "la posibilidad de exigir un derecho de prestación es apreciable sólo en el caso concreto y dependiendo del tipo de derecho que deba ser protegido", y por ende, de reunir el carácter de conexo con el derecho a la vida y la integridad de la persona, es un derecho que puede llegar a ser garantizado como fundamental, según el caso concreto.

e. En lo concerniente a los derechos de los niños, no debe perderse de vista que la propia Constitución ha consagrado un régimen de protección especial a los menores y por ello proclama que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. De igual forma ha resaltado la Corte, que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen reconocidos el carácter de derechos fundamentales, por expresa disposición del artículo 44 de la Carta.

g) Ahora bien, la Resolución No 5261 de 1994, artículo 18, expresamente pone de presente cuáles son los tratamientos o aspectos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, que son de manera general aquellos que no tengan por objeto contribuir con el diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de una enfermedad y aquellos que sean considerados cosméticos, estéticos o suntuarios. Así las cosas, respecto a los tratamientos excluidos del P.O.S., la Corte en algunos casos en los que se ha aplicado la

reglamentación del Plan Obligatorio de Salud sin tener en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas. Claro está, que no en todos los casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias del P.O.S. sobre la materia, pues no siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales. En efecto, se requiere que la falta del medicamentos o tratamientos excluidos por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

Así las cosas, deberá evaluarse en este caso concreto si existe tal vulneración o amenaza al derecho a la vida de la peticionaria, que haga necesaria la inaplicación de la Resolución No 5261 de 1994, artículo 18, en lo concerniente a la realización del examen de cariotipo que pretende.

Del caso concreto.

2. En atención a lo previamente dicho, y tal y como se desprende del acervo probatorio, es evidente que el examen que solicita la peticionaria, en modo alguno tiene relación con una dolencia o enfermedad que directamente comprometa su vida o su salud. En efecto, obedece a un estudio genético, - que incluso como lo confirman los exámenes también se debe practicar su señor esposo -, cuyo propósito es establecer y prevenir las causas de futuros problemas en la descendencia. Por ende, si bien la Sala reconoce el interés de la pareja en que se le practique el mencionado examen, también concluye que en este caso concreto la no practica del mismo no tiene la potestad de desvirtuar el núcleo esencial del derecho a la vida o la calidad de la misma, al punto de resquebrajar los derechos fundamentales de la demandante. En consecuencia, deberá la Sala confirmar los fallos de instancia y denegar el amparo solicitado por la accionante en su oportunidad, teniendo en cuenta que en este caso no existe una violación de sus derechos fundamentales invocados.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero : **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda, del 18 de noviembre de 2000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo : Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juez de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General