

Sentencia T-200/07

DERECHO A LA SALUD-Contenido

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES-Cumplimiento por el Estado de cuatro ineludibles obligaciones en materia de salud

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

DERECHO A LA SALUD-Casos en que procede pago de transporte para paciente y acompañante

CARGA DE LA PRUEBA-Precedente jurisprudencial en materia de salud

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Gastos de transporte del menor y su acompañante para adelantar los controles médicos de la enfermedad de pubertad precoz

Referencia: expediente T-1473656

Acción de tutela instaurada por Georgina Álvarez Lara, representante de su hija menor, Mary Cecilia Negrete Álvarez, contra el Instituto del Seguro Social.

Magistrado Ponente
Dr. HUBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los

artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería en la acción de tutela instaurada por Georgina Álvarez Lara, representante de la menor Mary Cecilia Negrete Álvarez, contra el Instituto del Seguro Social

I. ANTECEDENTES.

Actuando en representación de su hija menor de edad, Mary Cecilia Negrete Álvarez, la señora Georgina Álvarez Lara presentó acción de tutela solicitando el amparo del derecho fundamental a la salud de la menor. Como fundamento de la petición, en el escrito de demanda la accionante realizó una breve relación de hechos que se explica a continuación:

1.- Mary Cecilia Negrete Álvarez padece de “*pubertad precoz*”, enfermedad cuya atención ha ofrecido el Instituto de Seguros Sociales. A pesar de la efectiva prestación del servicio, la ciudadana señala que el lugar en el que se practican los chequeos médicos, a los cuales debe someterse la paciente cada tres meses, ha obstruido el normal desarrollo del tratamiento, pues la menor y su madre residen en la ciudad de Montería y, según lo afirma la accionante, no cuentan con los recursos económicos para sufragar los gastos de manutención y desplazamiento hasta Cartagena, ciudad en la que es atendida por su médico tratante.

2.- El Instituto de Seguros Sociales se ha negado a ofrecer auxilio económico para financiar dichos costos en la medida en que, en su opinión, tal solicitud excede el marco de obligaciones que surge de la regulación sobre seguridad social.

Solicitud de tutela

Ante el Juzgado Tercero Penal Municipal del Circuito de Montería la accionante solicitó la protección del derecho fundamental a la salud de Mary Cecilia alegando que la situación económica en que se encuentra pone a la menor en condiciones de “*debilidad manifiesta*”, toda vez que la imposibilidad de pago de los gastos de traslado y manutención obstruye *de facto* la prestación del servicio médico que demanda su

enfermedad.

Como fundamento jurídico de la solicitud, la accionante señala que toda violación al derecho a la salud redundaría, en últimas, en una conculcación del derecho fundamental a la vida, el cual, según afirmación de la ciudadana, tiene prevalencia en el ordenamiento jurídico. Tal observación fue encaminada en el escrito de demanda para acusar que la desatención del estado de salud de la menor conlleva una violación a su derecho a la vida.

Como corolario de lo anterior, solicita al juez de tutela “ordenar a la E. P. S. SEGURO SOCIAL que le conceda a mi hija los pasajes estadía (Sic), alimentación para ella y para mí en la ciudad de Cartagena teniendo en cuenta, que si no se le da el tratamiento requerido su vida correría peligro, además es deber del Estado garantizar los derechos de los menores”.

La petición de amparo presentada fue debidamente acompañada de copia de la tarjeta de identidad de Mary Cecilia Negrete y copia del carné que la identifica como beneficiaria del Instituto de Seguros Sociales.

Intervención del Instituto de Seguros Sociales

Actuando en calidad de gerente del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Córdoba, la señora Manuela Barreto Arrieta dio contestación a la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones elevadas por la accionante. Con el objetivo de plantear tal oposición, distinguió el contenido de las prestaciones exigidas por la señora Georgina Álvarez para luego ocuparse de las razones que, a su parecer, las hacían improcedentes. Así, en primer lugar se pronunció sobre la solicitud de pago de pasajes, indicando que, de acuerdo a la resolución 5261 del 5 de agosto de 1994 expedida por el entonces Ministerio de Salud, “los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención”. De tal manera, al examinar la solicitud presentada por Georgina Álvarez, la representante de la entidad demandada concluyó que la paciente no se encuentra en ninguno de los eventos descritos por la norma, por lo que no resulta legítima la solicitud de pago de estos emolumentos por parte de la E.P.S.

En el mismo sentido, la representante justificó la improcedencia de la pretensión haciendo alusión a los fundamentos jurídicos desarrollados por esta Corporación en sentencia T-197 de 2003, en la cual la Corte señaló que en aquellos eventos en los que se requiera un traslado médico

cuyo costo no pueda ser sufragado por el paciente ni por su núcleo familiar cercano, corresponde a la Entidad Promotora de Salud asumir dicho costo. Anotada esta consideración, la demandada señaló al Juzgado que en el expediente no existe prueba alguna que acredite la incapacidad de pago por parte de la accionante o de su núcleo familiar, por lo que mal podría concluir que la entidad tiene la obligación de asumir dicho pago, teniendo en cuenta que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal carga es de naturaleza subsidiaria y no se ha probado en debida forma el fundamento fáctico que en el caso concreto, a juicio de la solicitante, la hace procedente.

En segundo lugar, siguiendo la división propuesta en la contestación de demanda, las pretensiones encaminadas a obtener de la EPS el pago de los gastos de alojamiento y alimentación no están llamadas a prosperar porque, en opinión de la entidad demandada, este tipo de prestaciones está regulado por el Código Sustantivo del Trabajo dado que son obligaciones que surgen de la relación laboral que une al trabajador con su empleador. En tal sentido, recuerda la demandada que el vínculo que existe entre los sujetos involucrados en el proceso de tutela no es de naturaleza laboral por lo que resultan inviables aquellas pretensiones que desborden los estrictos términos en que la Ley 100 de 1993 y la legislación complementaria han planteado el sistema de seguridad social.

Para terminar, la entidad señaló que, dado que las EPS no están llamadas a cubrir estos gastos, en el presupuesto de la entidad no existe rubro alguno al cual pueda imputarse dicho costo.

Sentencia objeto de revisión

En sentencia de única instancia, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería decidió la solicitud negando el amparo deprecado. El Juzgado, luego de adelantar un escueto análisis de la naturaleza de la acción de tutela, señaló que en el caso concreto no existe violación alguna del derecho a la salud de la menor, toda vez que la actuación de la entidad demandada se ha limitado a ofrecer de manera efectiva los servicios médicos que requiere la enfermedad por ella padecida.

Al abordar de forma específica la pretensión orientada a obtener del juez de tutela una orden de pago de los gastos de manutención y transporte para asegurar la continuidad del tratamiento médico practicado a Mary Cecilia, el Juzgado no encontró elementos probatorios a partir de los cuales se encontrara acreditada la incapacidad económica por parte de la accionante para asumir dichos gastos, razón por la cual negó el amparo solicitado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Asunto a tratar

Para dar solución al problema que se plantea a la Sala de revisión, es preciso realizar algunas consideraciones sobre: (i) el alcance del derecho a la salud; (ii) la obligación que, de manera excepcional, recae sobre las Empresas Promotoras de Salud consistente en proporcionar los recursos necesarios para el traslado de pacientes que requieren atención médica en municipios diferentes a su lugar de residencia; y, finalmente, (iii) la carga de la prueba en los procesos de tutela. Una vez haya sido esclarecido el panorama normativo en el cual debe ser solucionado el problema jurídico, se procederá a decidir la solicitud de amparo presentada por la ciudadana Georgina Álvarez Lara.

3. El derecho a la salud

En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio¹. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2°

¹ Sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000

del texto constitucional.

(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada *prima facie* por vía de tutela². No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos.

Al respecto, en sentencia T-859 de 2003, esta Sala de Revisión sostuvo que *“(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”*

Esta consideración es de enorme relevancia, toda vez que, según fue establecido en la sentencia T-227 de 2003, el catálogo de derechos fundamentales que surge de la consulta de las disposiciones que integran el texto constitucional y el bloque de constitucionalidad no constituye un inventario acabado de aquellas garantías que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º superior, gozan de prevalencia en nuestro ordenamiento jurídico. En contra de esta idea que, de alguna manera, supondría la petrificación de la Jurisdicción constitucional, en el pronunciamiento referido esta Corporación sostuvo que el abanico de derechos fundamentales puede ser ampliado, lo cual implica una extensión de los márgenes que definen el objeto de protección de la acción de tutela.

Así, en esta sentencia la Corte sostuvo que, además de aquellos derechos respecto de los cuales no hay duda acerca de su naturaleza *iusfundamental*, los derechos que (i) se ciñan a la estructura de los derechos subjetivos y, adicionalmente, (ii) estén orientados a la realización de la dignidad humana, son igualmente derechos fundamentales.

² Sentencia T-557 de 2006

Esta consideración encuentra pleno asidero constitucional en el artículo 94 superior, según el cual “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”. Así pues, aquellos derechos que se ajusten a las condiciones anteriormente señaladas pierden su naturaleza simple de derechos subjetivos, para alcanzar un nuevo nivel, el más alto en nuestro ordenamiento jurídico según lo establece el artículo 5° constitucional, en el cual se transforman en derechos con dignidad *fundamental*.

Al punto de establecer cuándo una posición amparada por el ordenamiento jurídico constituye un derecho subjetivo, esta Sala de revisión, en sentencia T-1041 de 2006, indicó que la especial naturaleza de este tipo de derechos, la cual los distingue del resto de garantías, consiste en que aquellos surgen de una situación jurídica concreta que, de acuerdo a una definición legal previa, le confieren al titular la potestad de exigir de manera legítima a una persona determinada -destinatario de la obligación- el cumplimiento de una prestación cierta.

En el caso particular del derecho a la salud, su contenido, esto es, el conjunto de prestaciones que las instituciones que participan en el Sistema de Seguridad Social se encuentran obligadas a ofrecer a los usuarios, ha sido debidamente establecido en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Lo anterior quiere decir que los beneficiarios del sistema tienen una legítima expectativa –en el sentido en que ésta se encuentra respaldada por el ordenamiento jurídico- de recibir los medicamentos y tratamientos que han sido consignados en dichos planes. En tal sentido, la eventual corrección del incumplimiento de estas prestaciones puede ser solicitada por vía judicial.

Queda por establecer, entonces, si la satisfacción del derecho a la salud conduce a la realización del principio de la dignidad humana. Sobre el particular, resultan pertinentes los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, adoptados en su calidad de intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, precisan el alcance del artículo 12, disposición que, a su vez, consagra el derecho a la salud.

Al respecto, en la observación general número 14 el Comité señaló que “*la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos*”. En el mismo

pronunciamiento, agregó que “*Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*”. Estas consideraciones llevan a concluir que el goce de un determinado nivel básico de salud es condición ineludible para la plena realización del ser humano, objetivo al cual apunta, sin lugar a dudas, el principio de la dignidad humana.

Como corolario de las consideraciones precedentes, una vez se ha delimitado el contenido del derecho a la salud, éste adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo, lo cual, de acuerdo a la redacción del artículo 86 superior, abre las puertas a la posibilidad de solicitar su amparo por vía de tutela³.

Ahora bien, una vez ha sido esclarecida la naturaleza fundamental del derecho a la salud, es preciso atender lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 93 superior, el cual orienta la interpretación de los derechos fundamentales que han sido consagrados en el texto constitucional. Literalmente, esta disposición establece que “*los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.

De manera copiosa, esta Corporación ha señalado que el mandato hermenéutico contenido en el artículo 93.2 superior, según el cual los operadores jurídicos deben considerar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al momento de interpretar los derechos fundamentales consignados en el texto constitucional, consagra en nuestro ordenamiento jurídico el principio *pro homine* –o de favorabilidad, como ha sido conocido en el Derecho Internacional- en materia de derechos humanos.

Tal principio, recogido de la práctica propia de los sistemas regionales e internacional de protección de derechos humanos, está llamado a componer las controversias hermenéuticas que surjan eventualmente de la lectura de las cláusulas que los consagran con base en el principio de la dignidad humana, que, en esa medida, se convierte en su centro de impulsión. En tal sentido, este precepto impone al operador que se encuentra ante dos disposiciones –la primera, contenida en el texto constitucional, y la otra, vertida en un tratado internacional- que resultan igualmente aplicables, por versar sobre el mismo derecho fundamental, el deber de aplicar aquella norma jurídica que ofrezca mejores garantías

³ En el mismo sentido, sentencias T-1041 de 2006, T-412 de 2005, T-538 de 2004, T-1163 de 2004, T-1076 de 2004, SU-819 de 1999, entre otras

para el disfrute de los derechos del ser humano. Así, en últimas, el principio de favorabilidad ordena la elección de la disposición que sugiera un camino más expedito hacia la plena realización de la dignidad humana.

En consecuencia, en el asunto que ahora ocupa a esta Sala de revisión, es menester consultar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual consagra el derecho a la salud. Textualmente, la disposición establece que los Estados firmantes se comprometen a garantizar *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, para lo cual los Estados se obligan a adoptar las medidas que resulten pertinentes con el fin de *“asegurar la plena efectividad de este derecho”*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 12 del Pacto para señalar que la satisfacción del derecho a la Salud demanda del Estado el cumplimiento de cuatro ineludibles obligaciones cuyo contenido se explica a continuación:

(i) Disponibilidad: Esta exigencia hace alusión a la adecuada oferta del servicio de salud, lo cual impone el deber de poner a disposición de los usuarios un *“número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.”* Dado el esfuerzo económico que impone esta exigencia, el Comité ha señalado que su rigor se encuentra mediado por la necesidad de consultar el nivel de desarrollo económico de los Estados. Al margen de esta consideración, el Comité ha puesto de presente la existencia de un conjunto de servicios cuya ausencia hace nugatorio el derecho a la salud, razón por la cual los Estados, sin atender el nivel de desarrollo en que se encuentren, tienen el deber inaplazable de ofrecer determinados servicios, de acuerdo a los términos que se transcriben a continuación:

“Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.”

(ii) Accesibilidad: Esta exigencia supone la eliminación de las barreras

formales y materiales al servicio de salud. En tal sentido, la consecuencia más notable de esta obligación consiste en que, según el criterio anotado, al disfrute efectivo del derecho a la salud no se puede oponer razón alguna que esté fundada en criterios de discriminación. Así, resulta inadmisibles la aplicación de aquellas pautas que de antaño han sido empleadas para privilegiar la posición de ciertos ciudadanos sobre otros, tal como ocurre con las distinciones basadas en consideraciones de género, origen, raza o condición social, cultural o económica.

De igual manera, el Estado no sólo debe abstenerse de acoger criterios que promuevan la discriminación al momento de diseñar las políticas de acceso al servicio de salud, sino que está llamado a adoptar medidas positivas encaminadas a acercar dicho servicio a los grupos humanos que tradicionalmente han sido separados de la posibilidad de disfrutar de él. Así, dado que en las sociedades contemporáneas los obstáculos que de manera más recurrentes obstruyen *de facto* el goce del derecho a la salud son de naturaleza informal –como la falta de capacidad económica por parte de los usuarios, las distancias geográficas que separan a la población de los puntos de atención, el padecimiento de enfermedades estigmatizadas socialmente, como es el caso del VIH- , los cuales por su naturaleza no son de fácil reconocimiento; corresponde al Estado, entonces, la obligación de promover un acceso material al servicio que, de manera efectiva, permita el acercamiento de la totalidad de la población a él⁴.

(iii) Aceptabilidad: Este criterio impone que la prestación de los servicios de salud, además del diseño previo de las instituciones y de los procedimientos que éstas deben seguir, deben ser respetuosas de la ética médica y la diversidad cultural.

Tal exigencia cobra especial importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, pues el artículo 1° del texto constitucional define el Estado colombiano como una organización “*democrática, participativa y*

⁴ Al respecto, la observación emitida por el Comité ofrece elementos de juicio que permiten establecer, con mayor profundidad, el nivel de cumplimiento de la obligación de accesibilidad, como exigencia derivada del artículo 12 del Pacto Internacional. Al respecto, de manera específica sostuvo el Comité que “*La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades*”. Vale reiterar el significado del llamado que hace en este pronunciamiento el Comité, pues pone de presente que el cumplimiento del artículo 12 del Pacto impone de manera urgente a los Estados el deber de desarrollar políticas encaminadas a permitir a aquellas personas que, en razón del lugar de residencia o las discapacidades que padecen, han sido tradicionalmente marginadas del servicio.

pluralista”. Por tal razón, el funcionamiento del servicio debe atender de manera cuidadosa el compromiso de ofrecer el más alto nivel de salud considerando las diferencias étnicas y culturales que caracterizan la Nación colombiana. Igualmente, como lo ha explicado el Comité en la observación referida, esta exigencia impone el respeto de la confidencialidad del paciente.

(iv) Calidad: De manera específica, el Comité señaló que esta exigencia se encuentra orientada a asegurar que el conjunto de prestaciones e instituciones encargadas del servicio de salud no sólo ofrezcan un servicio aceptable desde la perspectiva cultural ya anotada, sino que los bienes y servicios ofrecidos a los usuarios deben ser, además, *“apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”*.

Concluida esta consideración general a propósito de la dimensión del derecho a la salud, esta Sala de revisión hará una breve reiteración jurisprudencial a propósito de la especial protección que el texto superior ofrece a los menores de edad en materia de salud.

El derecho a la salud de los niños

Como resultado de las exigencias que impone la consagración de la cláusula del Estado Social de Derecho, lo cual supone, entre otras muchas obligaciones, un especial compromiso de atención a los sujetos y grupos humanos sometidos a condiciones de señalada desprotección, en el artículo 44 superior se encuentra consignada una serie de garantías que pretende asegurar el bienestar y el máximo desarrollo de los menores. Según lo establece la disposición constitucional, tales garantías constituyen verdaderos derechos fundamentales, por lo cual no sólo se ubican en la cúspide del sistema normativo (artículo 5º), sino que cuentan con la acción de tutela como mecanismo judicial de protección reforzado.

Literalmente, el artículo 44 establece:

“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.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Así pues, el texto constitucional reconoció de manera expresa el carácter fundamental del derecho a la salud y a la seguridad social en el caso de los menores. Ahora bien, como fue explicado en líneas anteriores, para determinar de manera completa el ámbito de protección del derecho consagrado en el artículo 44 del texto constitucional, es menester consultar aquellos tratados internacionales que, según lo dispone el artículo 93.2 superior, resulten pertinentes. Sobre el particular, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) (b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud (...).”

Ahora bien, esta disposición debe ser revisada a la luz de lo dispuesto en el artículo 4º de la misma Convención, en la cual los Estados firmantes se comprometen a adoptar “*todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación*

internacional”

En la observación general número 5, el Comité de los derechos de los niños, órgano encargado de supervisar la aplicación de la Convención de los derechos del niño, precisó que la distinción planteada en la disposición no supone escisión alguna respecto de las obligaciones asumidas por los Estados, pues no existen criterios sustanciales que permitan adoptar distinciones frente a la naturaleza de los derechos humanos⁵.

La especial protección que en materia de salud y seguridad social se procura a los menores se explica dado que, si bien en todos los momentos de la vida el ser humano requiere de un determinado nivel de salud para el disfrute del resto de sus derechos fundamentales, en el caso de los niños la efectiva provisión de los servicios de salud, acompañada de otras condiciones materiales, como la posibilidad de disfrutar de una alimentación adecuada, constituyen condición indispensable para su pleno desarrollo mental y físico.

4. Doctrina constitucional sobre el cubrimiento de los gastos de traslado de pacientes y sus acompañantes, por E. P. S., como procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

El análisis de las obligaciones que en esta materia puedan recaer, eventualmente, en cabeza de las E. P. S. exige volver sobre la consideración avanzada en líneas anteriores, hecha a propósito de la exigencia de accesibilidad al servicio de salud.

Al respecto, en sentencia T-1158 de 2001 la Corte sostuvo que el postulado de accesibilidad al servicio supone la remoción de todos los obstáculos formales y materiales que limiten el goce de éste. En tal sentido, la estructura sobre la cual descansa el Sistema de Seguridad Social en Salud, compuesta, de acuerdo a la Ley 100 de 1993, por un conjunto de normas, instituciones y procedimientos; debe asegurar que la efectiva prestación del servicio no sea entorpecida por la existencia de

⁵ “No hay ninguna división sencilla o digna de fe de los derechos humanos en general, o de los derechos reconocidos por la Convención en particular, en esas dos categorías de derechos. En las orientaciones del Comité para la presentación de informes se agrupan los artículos 7, 8, 13 a 17 y el apartado a) del artículo 37 bajo el epígrafe “Derechos y libertades civiles”, pero el contexto indica que esos no son los únicos derechos civiles y políticos reconocidos en la Convención. De hecho, está claro que otros muchos artículos, entre ellos los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención, contienen elementos que constituyen derechos civiles o políticos, lo que refleja la interdependencia y la indivisibilidad de todos los derechos humanos. El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales está indisolublemente unido al disfrute de los derechos civiles y políticos”.

barreras que promuevan factores de discriminación que alejen a determinados sectores de la población de la posibilidad de disfrutar de este servicio.

De tal manera, el diseño de las políticas de acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud debe estar edificado sobre las exigencias que supone la plena satisfacción del derecho a la igualdad, lo cual, en últimas, conduce a la realización del principio de universalidad, postulado que, según lo dispone el artículo 48 superior, debe inspirar el sistema de seguridad social.

En abundante jurisprudencia, esta Corporación se ha ocupado de establecer si dentro del campo de prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las E. P. S. se inscribe la obligación de ofrecer el servicio de transporte a los usuarios del Sistema. En tal sentido, de manera unánime, ha señalado que corresponde al paciente o a su núcleo asumir dicha carga patrimonial, lo cual coincide con el principio de solidaridad consagrado en el artículo 48 como uno de los postulados rectores de la seguridad social.

Esta consideración es desarrollada por la Resolución número 5261 de 1994, en la que se anota que en aquellos eventos en los cuales el municipio en donde reside el paciente, no cuente con el servicio de salud que requiere, *“... podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”*

Empero, en ocasiones la dimensión de los gastos de traslado llega a desbordar la capacidad económica del paciente y de su familia, en cuyo caso se advierte la existencia de una barrera informal al acceso del servicio de salud que debe ser eliminada, según lo ordena el criterio de accesibilidad, pues en estos casos el disfrute material del derecho a la salud del individuo resulta entorpecido por un elemento –capacidad económica- que en ningún caso puede restringir su plena satisfacción.

En estos eventos la aplicación del deber de solidaridad que pesa sobre el núcleo familiar del usuario resulta inconducente, dado que, si bien es legítimo acudir a él, como primera medida, para que brinde la asistencia económica requerida, en el caso concreto el gasto que implica excede su capacidad económica, por lo que si el acceso del paciente se hace

depender de él en forma exclusiva, se presentaría un insalvable obstáculo al disfrute del derecho a la salud. En tal sentido, como lo ha afirmado esta Corporación, en estos eventos las Empresas Promotoras de Salud deben sufragar dicho costo, lo cual supone la máxima realización del principio de eficiencia consagrado en el artículo 49 superior, dado que, en este supuesto, la oferta de las prestaciones médico asistenciales que está realizando la entidad es acompañada de los medios más expeditos para acercarla a los sectores de la población más vulnerables.

Al respecto, en sentencia T-975 de 2006, esta Sala de revisión señaló que *“la accesibilidad y el acceso efectivo al servicio público de salud comprende un todo inescindible, [lo cual supone la procedencia de] la protección constitucional del derecho en aquellos casos en los cuales se acredite la imposibilidad objetiva del suministro de los medios suficientes y adecuados para hacer uso de la atención asistencial. De allí que sea un despropósito manifestar que el Estado tiene la obligación de prestar el servicio público de salud, bien directamente o a través de particulares vigilados por éste, pero que dicha obligación no comprende el deber de otorgar a los titulares de los derechos fundamentales relacionados con esta prestación, los medios que requieren para acceder a la misma⁶”*.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la conducencia de este servicio adicional se encuentra condicionada a la satisfacción de ciertos requisitos que tienen como objetivo asegurar que el esfuerzo prestacional realizado procure el acceso a las personas que, de manera efectiva, requieren la asistencia de estas entidades, pues de otra forma su aplicación irrestricta conduciría a una desconcentrada inversión de los recursos que, en últimas, perjudicaría a los sectores de la población que reclaman atención prevalente.

Así, los requisitos cuya satisfacción hace procedente el desembolso de los gastos de transporte son los siguientes: (i) El procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto, se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1° y 11 del texto constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna; (ii) el paciente y sus familiares cercanos carecen de recursos económicos para atender dichos gastos; (iii) La omisión de la remisión debe poner en

⁶ Sentencia T-350 de 2003.

riesgo la vida –entendida en un sentido amplio, como acaba de ser explicado-, la integridad física o el estado de salud del paciente⁷.

Ahora bien, como fue señalado en sentencia T-295 de 2003, en aquellos eventos en los cuales el procedimiento médico sea practicado a un menor de edad, a un discapacitado o a una persona de la tercera edad, se hace indispensable, adicionalmente, cubrir los gastos de desplazamiento de un acompañante, dado el estado de indefensión y el grado de dependencia en que pueden encontrarse.

Carga de la prueba en acción de tutela

En varias ocasiones esta Corporación se ha pronunciado sobre el alcance del principio de la *carga de la prueba* en sede de tutela. Al respecto, ha señalado que el principio rector que orienta el resto de estatutos procesales, según el cual la acreditación de los hechos sobre los cuales debe apoyarse el convencimiento del juez corresponde al sujeto procesal que los alegue en su defensa, es igualmente aplicable al proceso de tutela.

Así, en sentencia T-298 de 1993 la Corte sostuvo que si bien el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991 concede al juez la facultad de emitir sentencia tan pronto ha alcanzado un grado suficiente de convencimiento sobre la situación litigiosa, lo cual supone la posibilidad de omitir la práctica de pruebas adicionales, en todo caso las sentencias de tutela deben descansar sobre la debida acreditación de los hechos que han sido materia del proceso⁸. Una consideración en contrario, supondría la concesión de atribuciones omnímodas al juez de tutela, lo cual amenazaría de manera grave los derechos fundamentales, dado que supondría la posibilidad de formular cualquier oposición fáctica a la prueba certera que de cuenta de la vulneración o amenaza de éstos.

No obstante, el rigor de esta consideración ha sido atemperado en ocasiones en las cuales resulta desproporcionada la exigencia de semejante actividad probatoria. Así, en sentencia T-327 de 2001 la Corte indicó que en determinados supuestos opera una inversión de la carga de la prueba, que surge a partir de las especiales circunstancias de indefensión en las que puede encontrarse el sujeto que solicita el amparo de sus derechos fundamentales. De tal manera, en aquellos eventos basta con la afirmación realizada por el accionante para que un hecho sea

⁷ Sentencia T-364 de 2005.

⁸ Sentencia T-835 de 2000 “*Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación*”.

tenido por cierto, de tal suerte que se traslada al demandado la carga de desvirtuarlo. Esta consideración encuentra pleno respaldo constitucional en el artículo 83 superior, el cual dispone que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanta ante éstos”*.

En materia de salud se ha reconocido especial importancia a la aplicación de tal inversión de la carga de la prueba. Así, en sentencia T-447 de 2002 la Corte revisó un fallo de tutela que negaba la protección del derecho a la salud de un mayor de edad con VIH positivo. La decisión objeto de revisión que negaba el amparo se basaba en que, a juicio del fallador de instancia, el ciudadano no había acreditado la incapacidad económica que le impedía asumir por su cuenta los costos de los tratamientos excluidos del POS que demandaba. En el caso concreto, la Sala de revisión de la Corte contaba exclusivamente con la declaración, hecha bajo juramento, del ciudadano en la cual afirmaba no contar con los recursos para pagar el tratamiento. En esta ocasión la Corte consideró que tal afirmación constituía prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante dado que ésta no había sido controvertida dentro del proceso de tutela y a que a favor de él pesaba la presunción de buena fe⁹.

Para concluir, resultan pertinentes las consideraciones realizadas por esta Corporación en sentencia T-1066 de 2006, providencia en la cual se adelantó un juicioso análisis de la jurisprudencia constitucional a propósito de la carga de la prueba en sede de tutela en los eventos en los cuales el derecho en litigio es el derecho a la salud. Al respecto señaló la Corte lo siguiente:

“Precisamente en los casos aludidos, para despejar cualquier interrogante referido a la capacidad de pago del usuario del sistema de salud, esta Corporación ha establecido las siguientes reglas probatorias: (i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual,

⁹ Sentencia T-018 de 2001 *“Tal como se ha señalado en ocasiones pasadas, si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o el procedimiento excluido del P.O.S., lo conducente es requerirlo para que aporte prueba que demuestre esa situación o decretar la práctica de pruebas que apunten a desvirtuar su dicho. Pero no es justo concluir que no se reúne uno de los requisitos indispensables para acceder a la tutela por la ausencia de pruebas para demostrarlo, atribuyendo esa falencia al actor, quien en la mayoría de los casos no sabe qué ni cómo puede probar un hecho determinado, dejando de lado que el juez constitucional de tutela como director del proceso debe hacer uso de la facultad oficiosa que la ley le confiere para decretar la práctica de pruebas que estime necesarias para dictar fallo de fondo ajustado a derecho resolviendo el asunto sometido a su conocimiento”*

incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad¹⁰.

Caso concreto

En el asunto que ahora ocupa a esta Sala de revisión, la ciudadana Georgina Álvarez Lara solicita el amparo del derecho fundamental a la salud de su hija menor, Mary Cecilia Negrete Álvarez, el cual, en opinión de la accionante, se encuentra bajo amenaza por la decisión adoptada por el Instituto de Seguros Sociales consistente en negar el pago de los gastos de transporte y manutención requeridos para desplazarse a la ciudad de Cartagena, lugar en el cual se llevan a cabo los controles médicos para atender la enfermedad de pubertad de precoz que padece la menor.

De acuerdo a las afirmaciones contenidas en el escrito de demanda, el núcleo familiar cercano a la menor carece de los recursos económicos necesarios para pagar los gastos de traslado de la menor y un acompañante desde la ciudad de Montería, lugar en el cual reside Mary Cecilia y su familia, hasta la ciudad de Cartagena, donde se llevan a cabo

¹⁰ Entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-683 de 2003 y T-771 de 2005.

los controles médicos cada tres meses.

Como corolario de las consideraciones precedentes, para esta Sala de revisión es claro que el goce del derecho fundamental de la menor requiere en el caso concreto del traslado efectivo, en compañía de un acompañante, a la ciudad de Cartagena, pues la realización de los controles médicos es una condición indispensable para el adecuado tratamiento de la dolencia padecida.

Ahora bien, al punto de establecer la procedibilidad de la solicitud de subsidio de los gastos de transporte, para esta Sala de revisión es evidente que la realización de los controles médicos, a los cuales se orienta la petición de auxilio económico contenida en la acción de tutela, no sólo garantiza la continuidad del servicio, sino que permite la realización del derecho fundamental a la salud de la menor, pues los resultados que de ellos se obtengan podrán encaminar el tratamiento a la recuperación de su salud.

En cuanto al requisito de la acreditación de la incapacidad económica, la Sala dará aplicación a la consideración precedente sobre la inversión de la carga de la prueba, pues en la acción interpuesta –en la cual se pretende la protección del derecho fundamental a la salud de un sujeto de especial protección- la accionante afirmó que carece de los recursos económicos necesarios. Por las razones que fueron expuestas con antelación, las afirmaciones realizadas sobre este punto específico se tienen por ciertas y, dado que no fueron controvertidas durante el proceso judicial, constituyen fundamento suficiente para conceder la solicitud de amparo. Empero, en cuanto a la pretensión de obtener el pago de los gastos de alojamiento en la ciudad de Cartagena, esta Sala de revisión encuentra razones para no concederla pues si el objeto de las citas médicas es la realización de controles, su duración no excede el lapso de un día, transcurso en el cual la menor y su acompañante pueden desplazarse desde Montería a Cartagena y regresar al lugar de origen sin mayores contratiempos, por lo que no deben invertir dinero en el hospedaje.

Por lo expuesto, esta Sala de Revisión, revocará el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería de fecha del diecinueve (19) de mayo de 2006, por medio del cual decidió no conceder la protección del derecho fundamental a la salud de la menor Mary Cecilia Negrete Álvarez. En su lugar, tutelaré este derecho fundamental por las razones anotadas en esta providencia. En consecuencia, se ordenará a la entidad demandada que dentro de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a autorizar los

gastos de transporte de la menor y de un acompañante a la ciudad de Cartagena, lugar en el cual se adelantan los controles médicos con una periodicidad de tres meses.

Se autorizará a la entidad demandada para que repita contra el FOSYGA por los gastos en que incurra en cumplimiento de las órdenes dadas en esta providencia.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima 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 Tercero Penal del Circuito de Montería y, en consecuencia, conceder el amparo del derecho fundamental a la salud de la menor Mary Cecilia Negrete Álvarez.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que dentro de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a autorizar los gastos de transporte y manutención de la menor y de un acompañante a la ciudad de Cartagena, lugar en el cual se adelantan los controles médicos con una periodicidad de tres meses.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General