

## Sentencia T-094/04

### DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Fundamental prevalente/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección

El carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños se encuentra reconocido tanto en la Constitución Política como en el derecho internacional. La Corte Constitucional, como garante del principio de la supremacía de la Constitución Política, se ha pronunciado en múltiples decisiones sobre el carácter fundamental y prevalente de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los niños, y ha desarrollado el concepto constitucional de interés superior del menor, que consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral, y la correcta evolución de su personalidad.

### DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Características

Como consecuencia del carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social del niño se desprenden las siguientes características: (1) son de aplicación inmediata, sin requerir desarrollo legislativo, (2) prevalecen sobre el ordenamiento legal y reglamentario, y (3) cuando se trate de niño discapacitado reclaman una prestación de mejor asistencia integral y especializada para su rehabilitación.

### REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Objeto

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de asistir de manera permanente a sus afiliados así no estén obligados a prestar directamente el servicio/ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD-Información para que se preste atención médica

ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD-No pueden comprometer la continuidad y eficiencia del servicio

Las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno ni incurrir en omisión que pueda comprometer la

continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar los principios de la seguridad social establecidos en la Constitución y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Obligaciones frente a servicios no incluidos en POS

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Prestación de los servicios médicos y repetición contra el Fosyga

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

REGIMEN SUBSIDIADO-Población desmovilizada como beneficiaria

De conformidad con el Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por el cual se regula la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado, el grupo de población desmovilizada es beneficiario de tal régimen y además goza de prevalencia para el reconocimiento de tal derecho sin la aplicación de la encuesta SISBEN. Para la Sala es claro que la afiliación al régimen subsidiado en el presente caso no deriva del grado de clasificación en el SISBEN sino de la condición de población desmovilizada. Por ello, tampoco le asiste razón al Juez constitucional al rechazar la tutela impetrada a favor de la menor, con el argumento de no existir prueba suficiente sobre el derecho que le asiste para recibir los beneficios del régimen subsidiado por parte de las entidades demandadas, pues que más prueba que el hecho de que la propia ARS acepte que la fuente de la obligación proviene de la condición de desmovilizados.

Cuando a un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla con todos los requisitos para exigir una protección, padezca de grave patología para la cual se necesite en forma oportuna de un tratamiento no contemplado en el P.O.S.S., ordenado por los médicos competentes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual esté afiliado le preste el tratamiento requerido.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-796782

Acción de tutela instaurada por Selfi Liliana Acosta Orozco contra Dirección Seccional de Salud de Antioquia y A.R.S. Comfama.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D. C., cinco (5) de febrero de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Quinto de Menores de Medellín en la acción de tutela instaurada por Selfi Liliana Acosta en representación de su hija Lizeth Andrea Aguilar Acosta, contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la A.R.S. COMFAMA.

I. ANTECEDENTES.

La señora Selfi Liliana Acosta Orozco, actuando en representación de su hija Lizeth Andrea Aguilar Acosta, de 10 años de edad, interpuso acción de tutela contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia y la A.R.S. COMFAMA, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, seguridad social y salud, por cuanto las entidades demandadas se niegan a autorizar la práctica de procedimientos e intervenciones ordenadas por su médico tratante.

Para fundamentar su solicitud de amparo, puso de presente los siguientes hechos:

Manifiesta que la menor a nombre de quien se interpone la tutela, está afiliada a la A.R.S. COMFAMA. Fue diagnosticada con Otorrea e Hipoacusia derecha por otitis media crónica y

perforación del 40% del tímpano derecho. Por esa razón, el médico tratante le ordenó la realización de exámenes y procedimientos como TAC de oídos, audiometría, mastoidectomía, timpanoplastia y exámenes de laboratorios TP, TPT, Plaquetas, Hematocrito y Hemoglobina.<sup>1</sup>

Afirma la accionante que la A.R.S. COMFAMA y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, se han negado a prestar los servicios solicitados: "...sin que se sepa a ciencia cierta cuál de las dos entidades debe responsabilizarse de la atención de la menor." Por tal razón solicita se tutelen los derechos invocados y se ordene a las entidades demandadas que se practique la totalidad de los exámenes y procedimientos ordenados por el médico tratante.

## II. INTERVENCIÓN DE LAS DEMANDADAS.

El Secretario de Salud de Antioquia comunica al Juzgado Quinto de Menores de Medellín, que la menor se encuentra clasificada en el nivel 4 del SISBEN y está afiliada a la ARS COMFAMA y "...por lo tanto, el Departamento de Antioquia a través de la Dirección Seccional de Salud, no está obligado a autorizar, financiar o garantizar la atención requerida por la accionante; toda vez que su función legal es la de garantizar las atenciones de segundo (2º) y tercer (3º) nivel para la población vinculada de los niveles 1, 2 y 3 de pobreza, condiciones éstas que en ningún momento acredita la menor LIZETH ANDREA, pues se encuentra en el nivel 4 del SISBEN y por ello se considera población con capacidad de pago, conforme a lo consagrado en el artículo 18 del Decreto No. 2357 del 29 de diciembre de 1995."

Agrega, además, que suministrar el servicio solicitado implica una extralimitación de sus funciones, pues conforme con lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 49 de la Ley 715 de 2001, esa entidad no está obligada a garantizar los servicios a la población que se encuentre dentro de los niveles 4 y 5 del SISBEN, y por tanto deberán ser sus padres quienes asuman tales costos por considerarse población con capacidad de pago.

Por su parte, la apoderada de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia, COMFAMA, informó que los servicios solicitados por la menor Lizeth Andrea Aguilar no son

responsabilidad de la entidad pues no se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado P.O.S.S. ni dentro de los Acuerdos 72, 74 y 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Afirma que corresponde a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, suministrar las prestaciones asistenciales que se encuentren por fuera del P.O.S.S., con recursos del subsidio a la oferta y mediante los hospitales o instituciones con los cuales tiene celebrados contratos.

### III. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Conoció del presente caso el Juzgado Quinto de Menores de Medellín, que en providencia del 1º de agosto de 2003, negó el amparo solicitado al considerar que a pesar de haberse invocado derechos fundamentales de una menor de edad, no existe prueba sobre el derecho que le asiste para acceder a los beneficios del régimen subsidiado o de la cual se pueda inferir amenaza o violación de los derechos fundamentales por parte de las entidades demandadas.

Fundamentó tal decisión en los siguientes elementos probatorios:

- La Dirección Seccional de Salud de Antioquia niega el servicio con base en que la menor se encuentra clasificada en el nivel 4 del SISBEN, hasta donde no se extiende los recursos destinados al régimen subsidiado de salud.
- La ARS COMFAMA reconoce a la menor los derechos que tiene como afiliada al Régimen Subsidiado de Salud e indica que el fundamento contractual para la prestación de los servicios de salud surge de ser grupo de población especial de reinserción.
- La madre de la menor afirma en declaración rendida ante el Juzgado, que su núcleo familiar se encuentra clasificado en el nivel 4 del SISBEN pero su derecho surge de un convenio de reinserción celebrado entre la ARS y la Presidencia de la República.
- El Ministerio de Defensa Nacional, certifica que el padre de la menor no aparece registrado en la base de datos del programa de desmovilizados.
- Por lo anterior, concluye el Juzgado que sus padres deberán asumir el tratamiento médico que requiere la menor.

#### IV. PRUEBAS RECAUDADAS.

##### 1. Aportadas por el demandante.

- Folio 4, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Selfi Liliana Acosta Orozco, y del carné de afiliación a la ARS COMFAMA, régimen Subsidiado Nivel 0 de la menor Lizeth Andrea Aguilar Acosta.
- Folio 5, fotocopia de la Orden de Servicios de fecha 5 de diciembre de 2002, suscrita por el médico tratante del Hospital Manuel Uribe Angel de Medellín, en el que se consigna el diagnóstico y los exámenes y procedimientos solicitados.
- Folio 35, fotocopia de registro civil de nacimiento de la menor Lizeth Andrea Aguilar Acosta, nacida el 27 de septiembre de 1992.

##### 2. Practicadas por el Juzgado.

- Folio 31 respuesta suscrita por el Subdirector de Metroinformación del Departamento Administrativo de Planeación en el que informa la función que cumple el programa SISBEN, y que aclara que consultada la base de datos se encontró que la menor Lizeth Andrea Aguilar Acosta: "...fue debidamente encuestada por personal del SISBEN, el día 11 de enero de 2002, e incluida en nuestra base de datos, y su situación socioeconómica se encuentra consignada en el certificado (ficha) número 4185551, obteniendo el puntaje de 68 y un nivel IV (cuatro) en su clasificación socioeconómica, del área urbana del municipio de Medellín."
- Folio 43 comunicación de fecha 31 de julio de 2003, suscrita por la apoderada de la ARS COMFAMA en la que informa que la menor se encuentra afiliada a la entidad como grupo especial de reinserción.
- Folio 44 oficio No.1589 de fecha 31 de julio de 2003, suscrito por el Subcoordinador del Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado del Ministerio de Defensa Nacional en el que certifica que: "...una vez revisadas nuestras bases de datos no se encontró registro alguno a nombre del Sr. Aguilar Vargas."

#### V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

## 1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Derecho a la salud y a la seguridad social de los niños fundamental y prevalente. Procedencia de la acción de tutela

2.1. El carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños se encuentra reconocido tanto en la Constitución Política como en el derecho internacional, el cual ha sido aplicado en forma reiterada y permanente por la Corte Constitucional. Según el artículo 44 de la Constitución, son derechos fundamentales de los niños, entre otros, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. Este artículo también señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, los artículos 24 y 26, entre otros, de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por Ley 12 de 1991 y ratificada el 27 de febrero del mismo año, disponen la prevalencia del derecho a la salud y la seguridad social para lo cual deberán adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

El artículo 93 de la Constitución, determina la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por Colombia y señala que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Por su parte, la Corte Constitucional, como garante del principio de la supremacía de la Constitución Política, se ha pronunciado en múltiples decisiones sobre el carácter fundamental y prevalente de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los niños<sup>2</sup>, y ha desarrollado el concepto constitucional de interés superior del menor, que consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y

sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral, y la correcta evolución de su personalidad.

Como consecuencia del carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social del niño se desprenden las siguientes características: (1) son de aplicación inmediata, sin requerir desarrollo legislativo, (2) prevalecen sobre el ordenamiento legal y reglamentario,<sup>3</sup> y (3) cuando se trate de niño discapacitado reclaman una prestación de mejor asistencia integral y especializada para su rehabilitación.<sup>4</sup>

Además, el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño, se enmarca dentro del Estado social de derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su desarrollo y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado.<sup>5</sup>

2.2. De otra parte, doctrina reiterada de esta Corporación sostiene que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política. Aplicando esos criterios y en cumplimiento de su función de protección de los derechos constitucionales fundamentales, la Corte ha considerado que el amparo constitucional procede cuando se omite una cirugía que puede mejorar la salud de un niño, pues ella disminuye sus quebrantos y el peligro que puede correr su vida. Así lo ha sostenido la jurisprudencia, en sentencia que ilustra este caso:

“...en el presente caso se trata de un menor, cuya protección constitucional es prevalente, y se está omitiendo una cirugía, que se requiere, según diagnóstico médico, para mejorar la salud del niño. Negar la opción quirúrgica, es atentar directamente contra el artículo 44 de la Carta Política, que garantiza a los menores, como derechos prevalentes la salud, la integridad física y el pleno y adecuado desarrollo.

“Se anexó al expediente la remisión médica y la orden de cirugía, que ponen de manifiesto, a partir de dictámenes especializados, la necesidad de una intervención que aliviaría los quebrantos de salud del menor y haría por demás efectiva la garantía fundamental del artículo 13 de la Carta que ordena una especial protección a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad

manifiesta. De no practicarse la cirugía ya programada, continuaría en peligro la salud del menor e inclusive podría ver en grave peligro su vida”6.

Como puede advertirse, entonces, es procedente la tutela del derecho a la salud de los niños como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta, y el juez constitucional debe ser consciente de que esa protección es imperativa, pues unas instancias de poder que los desconocen, acompañadas con unos jueces que se desentienden de su protección constitucional cuando ella es procedente, no generan ninguna expectativa de futuro: Del niño que hoy es desprovisto de sus derechos fundamentales no cabe esperar el ser integral y libre del mañana.7

3. Obligaciones de las ARS frente a las intervenciones no incluidas en el POS-S. Continuidad en el servicio. Vías para la protección de los derechos fundamentales.

3.1. De conformidad con el ordenamiento constitucional – artículos 48 y 49 C.P.-, el derecho a la salud está previsto como un derecho y como un servicio público al que todas las personas pueden acceder, en donde le corresponde al Estado organizar, dirigir, garantizar su prestación y satisfacer las necesidades asistenciales de los asociados que se encuentren incluidas dentro de sus políticas de Seguridad Social.8

En desarrollo de estas disposiciones, el legislador creó el sistema de seguridad social integral (L. 100/93, artículo 8º), uno de cuyos objetivos es el de garantizar la ampliación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente, integrantes de los estratos 1 y 2, tales como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral, lo cual se hace a través del régimen subsidiado de salud (L. 100/93, arts. 211 y s.s.).

El propósito del régimen subsidiado es financiar la atención en salud a las personas que no tienen capacidad para cotizar. La vinculación al sistema se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de la solidaridad de que trata la Ley 100. Además, la forma y las condiciones de operación de este régimen serán determinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Esta Corporación<sup>9</sup> ha sostenido que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales, que demandan las personas que carecen de recursos para atenderlos y que por su estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo tienen derecho a que el Estado y la sociedad les brinden un trato preferente, no está sujeto a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios, como tampoco está sujeta a dichas restricciones la atención en salud que se conecta con la existencia misma de la persona y con su derecho a vivir con dignidad. En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que cumple alguna de las anteriores características o varias de ellas, demanda una actividad, un procedimiento, una intervención o un medicamento excluido del Plan que rige su 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.

La doctrina de la Corte ha precisado y reiterado que de conformidad con lo normado en el artículo 4º del Acuerdo No. 72 de 1997, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y en armonía con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, los beneficiarios del régimen subsidiado de salud que requieran servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y no tengan capacidad de pago, podrán acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales tendrán la obligación de atenderlos de conformidad con su capacidad de oferta, caso en el cual las instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes. Así mismo, se ha dicho que las entidades prestadoras del servicio de salud están obligadas a suministrarle una información completa al usuario sobre la forma como puede acudir a otras instituciones para conseguir la atención médica que requiere.

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

3.2. De otra parte, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia<sup>10</sup> ha sostenido que uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia, dentro de la cual se encuentra la continuidad en el servicio. Tratándose del servicio público de salud, se ha sostenido que la prestación del servicio no debe ser interrumpido, pues es obligación

primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio de salud, siempre y cuando se den los presupuestos de razonabilidad para que éste se preste. Por eso “...quien presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio público de salud y, en consecuencia la eficiencia del mismo.” Y no puede interrumpirse tampoco su prestación “...por su carácter inherente a la existencia misma del ser humano y del respeto a su dignidad”.<sup>11</sup>

Es así como las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar los principios de la seguridad social establecidos en la Constitución y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.

3.3. Es jurisprudencia de esta Corporación<sup>12</sup> que frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas, prestar determinados servicios médicos o suministrar medicamentos, por no estar incluidos en el Plan Obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante, puede llevarse a cabo de dos maneras, oportunas y diligentes, para no desconocer los derechos de los peticionarios.

Una primera medida está orientada a que la A.R.S. realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA; y una segunda medida es la orden a la A.R.S. de que coordine con la entidad pública o con la privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.<sup>13</sup>

Lo que pretende la jurisprudencia de la Corte, es que se pueda garantizar la efectividad del

servicio de salud especialmente a todas aquellas personas que no tienen capacidad de cotizar como son las del régimen subsidiado y que por su misma condición de debilidad manifiesta se encuentran en desventaja con respecto a aquellos que pertenecen al régimen contributivo, quienes sí tienen más posibilidad de costear con sus propios recursos los procedimientos, aditamentos y medicamentos que se encuentran excluidos del P.O.S.

En todo caso, corresponderá al juez de tutela analizar los hechos y circunstancias de cada asunto en particular, teniendo en cuenta el grado de vulneración del derecho fundamental involucrado, la naturaleza de las obligaciones asumidas por las ARS y la finalidad del régimen de limitaciones y exclusiones del POS-S.

#### 4. Del caso que se revisa.

La señora Selfi Liliana Acosta Orozco, actuando en representación de su hija Lizeth Andrea Acosta Valencia de 11 años de edad, quien padece de Otorrea e Hipoacusia por Otitis media y perforación del 40% del tímpano derecho, mediante la acción de tutela solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, seguridad social y salud, vulnerados por la ARS COMFAMA y la Dirección Seccional de Salud de Antioquia al negar la autorización para la práctica de procedimientos y exámenes ordenados por el médico tratante.

La Dirección Seccional de Salud de Antioquia, niega los servicios solicitados por cuanto la atención de los clasificados en el nivel 4 del SISBEN no son de su competencia. La ARS COMFAMA los niega toda vez que se encuentran por fuera del POS Subsidiado y acepta que la menor fue afiliada por tratarse de población desmovilizada. Por su parte, el juez constitucional niega la acción de tutela por cuanto no encontró prueba del derecho que le asiste a la menor para estar afiliada al régimen subsidiado, pues no existe constancia de que su padre pertenezca al grupo de desmovilizados.

Conforme a las pruebas que obran en el expediente, la Sala concluye lo siguiente:

4.1. Para la Corte es procedente conceder el amparo solicitado, en razón a que se trata de la tutela de derechos invocados por una menor cuya protección constitucional es prevalente, con lo cual le asiste el derecho para que el Estado a través de sus entidades de salud, le presten toda la atención. Como se vio en acápites anteriores, la jurisprudencia de la Corte

Constitucional<sup>14</sup> ha sido reiterativa en considerar que la negativa de las entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos excluidos del P.O.S.S. a menores de edad, es una conducta que claramente vulnera sus derechos fundamentales, como quiera que el artículo 44 de la Constitución Política consagra como uno de los derechos fundamentales de los niños, el derecho a la salud y a la seguridad social. Adicionalmente, el artículo 13 de la Carta ordena una especial protección a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

4.2. En orden a establecer cuál de las alternativas de atención contempladas en el numeral 3.3 de la presente providencia debe aplicarse, se tiene que las labores de coordinación que la ARS pudiera adelantar con las entidades obligadas a prestar el respectivo servicio no resulta idónea ni suficiente, pues existe la posibilidad de que los recursos de la oferta no estén disponibles oportunamente, con lo que la menor quedaría sin la protección que la Constitución le otorga, en tanto que no tendría el apoyo de las instituciones estatales competentes.

Por tal motivo, entiende la Corte que quien cuenta, desde la perspectiva fáctica, con una mayor capacidad de respuesta respecto de los servicios médicos que requiere la menor Lizeth Andrea, es la ARS COMFAMA, debido a que es ésta la entidad que la ha tenido bajo su responsabilidad y la que le ha brindado la atención que le corresponde. Además, como se explicó en capítulo precedente, las ARS tienen la responsabilidad de garantizar de manera preferente y especial la atención de sus afiliados y la continuidad en la prestación de los servicios de salud, así el procedimiento requerido o el medicamento solicitado se encuentre excluido del POS subsidiado.

Para este propósito la Corte garantizará la efectividad de la atención requerida aplicando la primera medida señalada en esta sentencia, es decir la prestación de los servicios de salud directamente por parte de la ARS, no obstante su exclusión del POS-S, por tratarse de una menor de edad que goza de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (Artículo 46 C.P.) y carecer de recursos económicos para pagar los gastos de la atención requerida.

Teniendo en cuenta que resulta desproporcionado exigirle a la ARS COMFAMA que asuma de manera definitiva un gasto no previsto al cual no está obligada legalmente, así sea con la

finalidad de garantizar la protección de derechos fundamentales de una menor, se autorizará para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- por los gastos adicionales en que incurra, con el fin de mantener el equilibrio financiero del sistema.

4.3. No obstante ser a todas luces procedente la acción de tutela a favor de los derechos de la menor Lizeth Andrea Aguilar Acosta, esta Sala de decisión considera importante reiterar la jurisprudencia de esta Corporación, que afirma que en eventos como el que ahora examina la Sala, debido al imperativo deber constitucional de velar por una adecuada atención de la salud (C.P. art. 49), deben ser inaplicadas las normas reglamentarias del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado que impiden a la ARS demandada adelantar los procedimientos y exámenes ordenados por el médico tratante, en razón a que resultan contrarias al texto de la Carta Política. Para tal efecto se debe verificar si se presentan las condiciones determinadas por la jurisprudencia constitucional, a saber:15

(i) Que el paciente esté afiliado a la empresa prestadora de salud de la que reclama la atención; (ii) que el tratamiento o el procedimiento haya sido ordenado por el profesional de la empresa prestadora de salud en la que está afiliado el paciente; (iii) que la vida del usuario se ponga en peligro si no se realiza el tratamiento o el procedimiento médico ordenado; (iv) que esté demostrado que el paciente no puede sufragar los costos del examen o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).16

Para la Corte la satisfacción de estos requisitos se verifican en el presente caso. así:

Consta en el expediente que la menor Lizeth se encuentra afiliada al régimen subsidiado a través de la ARS COMFAMA, y como tal tiene derecho a gozar de los beneficios que el sistema le confiere. Esta condición es aceptada por la misma ARS y confirmada por la madre de la menor, al considerar que la relación contractual surge de la calidad de desmovilizado del grupo familiar al cual pertenece la niña. Así a folio 43 aparece comunicación suscrita por la apoderada de la ARS COMFAMA en la que le informa al Juez de instancia que: “La Subdirección de Salud a través del médico Alejandro Peláez señala que tanto el señor GIOVANNY ANTONIO AGUILAR VARGAS, como LIZETH ANDREA AGUILAR ACOSTA Y SELFI LILIANA ACOSTA OROZCO están en la base de datos de la ARS COMFAMA, como grupo especial de reinserción”. Por su parte, la madre de la menor afirma en declaración rendida

ante el juzgado de conocimiento obrante a folio 12 del expediente: "...PREGUNTADO: -manifieste cuando le realizaron la encuesta Sisben. CONTESTO : -eso fue (sic) año pasado, como en mayo, yo no sabía que estaba en el nivel 4, pero mi esposo (sic) a la oficina del Municipio, análisis estadístico, y autorizaron sacarnos del sistema del nivel 4, porque a nosotros nos cubre el CONVENIO DE SALUD COMFAMA ARS Y LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, es por un convenio de reinserción, esa carta se hizo en mayo del año pasado. Yo apporto la carta y yo tengo el número del teléfono de la asesora del Comfama que atiende los casos de nosotros..."

Así las cosas, no le asiste razón a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia al negar los servicios solicitados bajo el argumento de encontrarse la menor clasificada en el nivel 4 del SISBEN, toda vez que si bien es cierto de conformidad con las disposiciones que rigen la materia efectivamente los beneficiarios del régimen subsidiado están constituidos por las personas o familias localizadas en los niveles 1 y 2, y excepcionalmente en el nivel 3 del SISBEN 17, no es menos cierto que de conformidad con el Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por el cual se regula la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado, el grupo de población desmovilizada es beneficiario de tal régimen y además goza de prevalencia para el reconocimiento de tal derecho sin la aplicación de la encuesta SISBEN.

De otra parte para la Sala es claro que la afiliación al régimen subsidiado en el presente caso no deriva del grado de clasificación en el SISBEN sino de la condición de población desmovilizada. Por ello, tampoco le asiste razón al Juez constitucional al rechazar la tutela impetrada en favor de la menor, con el argumento de no existir prueba suficiente sobre el derecho que le asiste para recibir los beneficios del régimen subsidiado por parte de las entidades demandadas, pues que más prueba que el hecho de que la propia ARS acepte que la fuente de la obligación proviene de la condición de desmovilizados.

En consideración de la Sala, desconocer con tales argumentos la afiliación que tiene la menor al régimen subsidiado y que la propia ARS acepta, es negar la protección especial y prevalente que la Constitución Política ha señalado para los menores de edad, en un caso que reviste gravedad debido a la perforación del 40% del tímpano del oído derecho de la menor Lizeth Andrea Aguilar Acosta.

En esa perspectiva, no duda la Corte en concluir que tal proceder es contrario a la doctrina constitucional de esta Corporación, puesto que niega a la menor la posibilidad de mejorar sus condiciones actuales de vida, y le priva del medio idóneo para procurar neutralizar su impotencia frente al mal que la aqueja.

Existe la constancia en el expediente de que fue el médico tratante quien recomendó la práctica de los exámenes y procedimientos excluidos del P.O.S.S. y que el mismo se encuentra adscrito a la A.R.S. en la que está afiliada la paciente.

No existe prueba en el expediente de que se afecte la vida de la paciente, ni de que dichos exámenes puedan reemplazarse por otros sí incluidos en el P.O.S.S.

Se encuentra prueba sobre la incapacidad económica para atender el valor de los servicios médicos ordenados, toda vez que la madre de la menor afirma en su declaración rendida ante el Juez de instancia<sup>18</sup> que los gastos que demandan los 3 hijos que tienen y los propios del sostenimiento de la casa los cubre el padre de la menor quien trabaja ganando el salario mínimo. Es de anotar que esta afirmación no fue controvertida por la ARS, a pesar de que es sabido que estas entidades poseen archivos con información suficiente de sus usuarios para desvirtuar la incapacidad económica que estos aleguen.

Por todo lo anterior, se concederá la tutela revisada, reiterando la jurisprudencia ya relacionada y en especial las Sentencias T-972 de 2001, T-1087 de 2001 y T-547 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, según la cual cuando a un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla con todos los requisitos para exigir una protección, padezca de grave patología para la cual se necesite en forma oportuna de un tratamiento no contemplado en el P.O.S.S., ordenado por los médicos competentes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual esté afiliado le preste el tratamiento requerido.

## VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, obrando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política

### RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida el 1º de agosto de 2003 por el Juzgado Quinto de

Menores de Medellín, mediante la cual fue negado el amparo solicitado por la señora SELFI LILIANA ACOSTA OROZCO a favor de su menor hija LIZETH ANDREA AGUILAR ACOSTA. En consecuencia, SE CONCEDE el amparo de los derechos a la vida en condiciones dignas, seguridad social y a la salud.

Segundo: INAPLICAR, con base en el artículo 4º de la Constitución Política y para el caso concreto de la señora SELFI LILIANA ACOSTA OROZCO, en representación de la menor LIZETH ANDREA AGUILAR ACOSTA, las normas reglamentarias del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, en particular el artículo 13 del Decreto 806 de 1998 y el Acuerdo 72 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y ORDENAR a la ARS COMFAMA, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice la práctica del TAC de oídos, audiometría, mastoidectomía, timpanoplastia y exámenes de laboratorios TP, TPT, Plaquetas, Hematocrito y Hemoglobina prescritos por el médico tratante. La ARS COMFAMA podrá repetir por los gastos en que incurra en cumplimiento de este fallo, contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, subcuenta de promoción en salud.

Tercero: Líbrense por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Ver folio 5 de Expediente.

2 Ver Sentencias SU-819 de 1999, T-093, T-582, C-1064, T-1346 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-153, T-395, T-1430, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-610 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-622 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-623 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-748, T-945, T-974, T-1331 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1462, y T-1480 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

3 Ver Sentencias T-640 de 1997 y T- 442 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

4 Ver entre otras la Sentencia T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Sentencias T-514 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara y T-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Sentencia T-663 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

7 Sentencia T-1265 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

8 Sentencias T-207 y T-271 de 1995 y C-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-409 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-577 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

9 Ver entre otras las Sentencias T-134 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-738 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

11 Sentencia T-059 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12 Sentencias T-410 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-632 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-911 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y T-213 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

13 Un común denominador de las dos alternativas de solución parte de reconocer la vulneración de un derecho fundamental del peticionario, generalmente del derecho a la salud o a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de la persona, lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de

la acción de tutela.

14 Sentencias T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-972 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

15 Ver entre otras Sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-236, T-283 y T-560 de 1998 y T-409 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

16 En el mismo sentido puede consultarse, entre otras, las Sentencias SU-089, T-876 de 1999, T-228, T-236 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-797 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería y T-447 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, cuyas consideraciones se reiteran en esta oportunidad.

17 Ver entre otras la Sentencia C-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Ver folio 12 del expediente.