

Sentencia T-1233/04

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Protección constitucional especial

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Condiciones para suministro de medicamento excluido del POS

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SALUD/PRINCIPIO DE EQUIDAD EN SALUD-Es necesario para garantizar accesibilidad económica

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SALUD/PRINCIPIO DE CARGAS SOPORTABLES E INCAPACIDAD ECONOMICA

CAPACIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SALUD Y JUEZ DE TUTELA-Debe probarse la incapacidad de pago

Referencia: expediente T-921811

Acción de Tutela instaurada por Elvira Isabel Redondo Guarnizo, contra la EPS Salud Colmena (hoy Colmédica EPS)

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Bogotá. D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, ALFREDO BELTRAN SIERRA y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por los Juzgados Tercero Penal Municipal y Primero Penal del Circuito de la ciudad de Barranquilla (Atl).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

La señora Elvira Isabel Redondo Guarnizo, obrando en representación de su hija Steffi Andrea Valderrama Redondo, instauró a través de apoderado acción de tutela para solicitar la protección de los derechos a la vida, salud, igualdad, dignidad y a la seguridad social, los cuales le fueron vulnerados por la empresa Colmédica EPS, Regional Barranquilla, al negar la correspondiente autorización para el tratamiento de pubertad precoz diagnosticado a dicha menor.

En síntesis, su pretensión se fundamenta en los siguientes hechos:

* Desde el 15 de diciembre del año 2000, la accionante se encuentra afiliada al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud a través de la EPS Salud Colmena S.A., teniendo como beneficiaria a su hija menor Steffi Andrea Valderrama Redondo.

* Durante todo el tiempo ha estado cotizando sin interrupción alguna al sistema de salud.

* Su hija Steffi Andrea, de 9 años de edad, fue remitida a la especialista de la EPS quien en enero del año en curso le diagnosticó el síndrome de pubertad precoz con deterioro de talla, el cual debe ser tratado con el medicamento acetato de leuprolide que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud POS.

* A fin de contrarrestar los efectos nocivos de la enfermedad, la especialista diligenció el respectivo formulario de justificación medica para solicitud de medicamentos no POS, ante el Comité Técnico de la citada EPS, que en comunicación de 22 de enero del presente año denegó la solicitud aduciendo que la enfermedad padecida no pone en peligro la vida de la paciente.

* La accionante arguye que es madre cabeza de familia y que se encuentra imposibilitada para asumir el costo del mencionado medicamento, dado que es asalariada de la empresa Invernal Ltda. donde trabaja como secretaria devengando un sueldo mensual del \$ 358.000.00.

Con base en los hechos y consideraciones expuestas, solicita al juez constitucional que ordene a la entidad accionada suministrarle a su hija el medicamento formulado por el médico tratante, por todo el tiempo que estipule el especialista.

La EPS Salud Colmena (hoy Colmédica EPS), dio contestación a la acción de tutela manifestando que al hacer el estudio sobre la incapacidad económica de la accionante se encontraron algunas inconsistencias en su afiliación y pagos de los aportes pues el padre de la menor aparece como beneficiario suyo y al tiempo es quien suscribe como empleador los formularios de autoliquidación de aportes, y además es titular de un contrato de medicina prepagada suscrito con Colmena Salud cuyo valor mensual es de \$ 570.115.00 donde aparecen como beneficiarias la accionante y su hija menor.

Arguye también que para esa entidad “es un hecho notorio que la menor Steffi, si bien no cuenta con recursos para sufragar el costo del medicamento por tratarse precisamente de una menor de esas, cuenta con un padre que a la luz, posee los recursos más que suficientes para asumir los servicios médicos que requiere, cuando estos se encuentran excluidos de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud, más cuando se trata de una figura pública, cuyo parentesco con la menor y su identidad se pueden constatar (sic) en la copia del registro civil de nacimiento que reposa en el expediente de la presente acción de tutela donde parecen los nombres, apellidos y profesión del mismo”.

Finalmente, expresa que si pese a lo anotado anteriormente se considera que debe asumir el tratamiento, se le autorice para repetir contra el FOSYGA para recuperar el costo de los valores sufragados.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Fallo de primera instancia

En providencia del 20 de febrero del presente año, el Juzgado Tercero Penal Municipal de

Barranquilla negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Elvira Isabel Redondo Guarnizo, aduciendo que la actora no demostró su falta de capacidad económica y la de su núcleo familiar para asumir el costo del medicamento prescrito a la menor Steffi Andrea en el tratamiento de la pubertad precoz que padece.

No obstante, pone de presente que la accionante conserva la posibilidad de descargar en el sistema su obligación, total o parcialmente, demostrando ante las instituciones públicas o privadas que tengan contrato con el Estado, su incapacidad para proveer el tratamiento requerido, con cargo a sus propios ingresos, evento en el cual se puede condicionar el suministro del medicamento al pago de una cuota de recuperación.

Inconforme con esta decisión, la accionante apeló el fallo del juez de primera instancia argumentando i) que no es cierto que no haya demostrado la incapacidad económica para atender el costo del medicamento prescrito a su hija, pues a la demanda aportó certificación laboral donde consta que recibe un salario de \$ 358.000.00; ii) que actualmente es madre cabeza de familia y recibe ayuda de algunos parientes en cuanto a vivienda y otras necesidades; iii) que en cuanto a la calidad de cónyuge del señor Carlos Valderrama no es cierto lo que afirma la accionada, pues tal condición nunca ha sido esgrimida por ella ni por dicha persona; iv) que las inconsistencias en la afiliación indebida del señor Valderrama no es el asunto que se discute en este proceso; v) que si el señor Valderrama aparece como beneficiario suyo es por que al momento de su afiliación al sistema de salud hacía vida marital con él; vi) que el señor Valderrama jamás ha utilizado los servicios de Colmena EPS; vii) que el contrato de medicina prepagada no es prueba de la capacidad económica del señor Valderrama; viii) que es falsa la declaración de accionada en cuanto hace a la negativa de la autorización del medicamento solicitado; ix) que ha cumplido y cotizado en debida forma y por tanto tienen derecho al reconocimiento del tratamiento médico solicitado.

2. Fallo de segunda instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito, que conoció en segunda instancia de la impugnación, en providencia del 23 de abril del año en curso confirmó el fallo de primera instancia al estimar que si bien actualmente no existe relación entre el señor Valderrama y la accionante, se evidencia que el padre de la menor “posee recursos más que suficientes para sufragar el costo del medicamento”. Lo anterior, en razón de que “la obligación del cuidado no

solamente recae sobre la progenitora por cuanto la responsabilidad es de los dos padres y en este caso es el padre quien puede comprar la medicina ya que los recursos de la madre no son suficientes para ello”.

III. PRUEBAS

Se tienen como pruebas para adoptar la presente decisión, las decretadas por el juez de instancia, los documentos aportados por la accionante y las comunicaciones enviadas a la Corte Constitucional por Colmédica Medicina Prepagada y la Oficina de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla.

1. Competencia

La Corte es competente para conocer de asunto 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, y en razón de la selección y reparto practicado por la Sala correspondiente, en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

Elvira Isabel Redondo Guarnizo, obrando en representación de su hija Steffi Andrea Valderrama Redondo, promovió acción de tutela a fin de obtener que Colmédica EPS, Regional Barranquilla, autorice el medicamento acetato de leuprolide para el tratamiento de la enfermedad de la pubertad precoz que padece dicha menor.

El juez de primera instancia negó el amparo constitucional, porque en su parecer la accionante no acreditó la incapacidad económica para sufragar el costo del medicamento, requisito que ha sido exigido por la jurisprudencia para proceder al reconocimiento de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Por su parte el juez de segunda instancia, confirmó la decisión del a quo por considerar que aunque el padre de la menor no convence con la accionante, cuenta con suficiente capacidad económica para sumir el costo del medicamento que requiere para el tratamiento de la pubertad precoz.

La entidad accionada, señala que si bien la accionante carece de recursos para costear el

tratamiento el progenitor de la menor cuenta con capacidad económica, pues i) existen serios indicios de que es el propietario de la empresa donde trabaja la accionante ya que la persona que firma como empleador la respectiva planilla de autoliquidación de aportes; y ii) es titular de un contrato de medicina prepagada suscrito con Colmena Salud donde aparece como beneficiaria la menor Steffi Andrea. Además señala que el señor Carlos Valderrama “es una figura pública, cuyo parentesco con la menor y su identidad se pueden constatar [sic] en la copia del registro civil de nacimiento que reposa en el expediente de la presente acción de tutela...”

Colmédica Medicina Prepagada reconoce que existe un contrato vigente con el padre de la menor, donde aparece como beneficiaria la menor Steffi Andrea, pero en el mismo se encuentra excluido el medicamento acetato de leuprolide que ella requiere para el tratamiento de su pubertad precoz.

Corresponde entonces a esta Sala de Revisión establecer si la entidad accionada Colmédica EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, igualdad y seguridad social, de la menor Steffi Andrea Valderrama, al negarse a autorizar y suministrar el medicamento ordenado para el tratamiento de la enfermedad denominada pubertad precoz.

Con tal fin, analizará en primer término lo concerniente a la entrega de medicamentos para el tratamiento de la pubertad precoz. Seguidamente, hará referencia a la incapacidad económica como supuesto necesario para acceder a ese reconocimiento. Finalmente, entrará a determinar si a la menor le asiste o no el amparo constitucional solicitado.

3. Entrega medicamentos para estimular o controlar el crecimiento en menores de edad

En forma constante, la jurisprudencia¹ de la Corte Constitucional ha señalado que la negativa de las entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos excluidos del POS a menores de edad, vulnera el artículo 44 de la Constitución Política que consagra como derechos fundamentales de los niños, y con carácter preferente, los derechos a la salud y a la seguridad social.

Concretamente, tratándose de medicamentos para estimular y controlar el crecimiento, la jurisprudencia ha establecido la obligación de las entidades de salud de suministrar

hormonas a menores de edad, pues si bien no se encuentra en peligro inminente el derecho fundamental a la vida del infante, sí se afecta su calidad de vida, porque la ausencia del tratamiento hormonal hace imposible que su desarrollo físico pueda acercarse a los parámetros normales.

En efecto, en Sentencia T-442 de 2000 MP Antonio Barrera Carbonell, la Corte indicó que una estatura claramente por debajo de lo normal puede incidir en el desarrollo físico del menor, y también, puede llegar a afectar la autoestima y la dignidad de una niña o un niño, por lo que cuando se niega, sin razón para ello, el medicamento que un menor de edad requiere para poder alcanzar una estatura normal “se atenta contra su derecho a la salud y contra el derecho que tiene a desarrollarse físicamente igual a cualquier persona, en contravención del artículo 44 constitucional, situación que autoriza al juez de tutela para proteger sus derechos”.²

Igualmente, en Sentencias T-970 y T-1188 de 2001 se concedió el amparo solicitado y se ordenó el suministro de la hormona de crecimiento solicitada, por considerar que si bien es cierto que no se encuentra en peligro inminente el derecho fundamental a la vida del infante, sí se afecta su calidad de vida, porque la ausencia del tratamiento hormonal hace imposible que su desarrollo físico pueda acercarse a los parámetros normales.³

Es de advertir que en los casos relacionados, los menores afectados presentaban circunstancias especiales que determinaron el otorgamiento del amparo tutelar, pues su talla con respecto a su edad era considerablemente baja.

En Sentencia T-399 de 2004 MP Clara Inés Vargas Hernández la Corte concedió el amparo constitucional a una menor de edad afectada de pubertad precoz, al considerar que esta patología al igual que el deficiente crecimiento, tiene incidencia notoria en la salud y autoestima del niño. Dijo la Corte:

“...aún cuando el problema que presenta la menor Juanita María Castañeda no es la baja estatura, sino la pubertad precoz, se trata de una patología que igualmente tiene incidencia notoria en su salud y en su autoestima, como quiera que en criterio del especialista puede alterarle definitivamente sus características sexuales comprometiendo también su estatura. En efecto, el especialista justificó el riesgo inminente para la salud de la paciente al expresar que se presenta “pubertad precoz con edad ósea avanzada que no detenerse afectaría

ostensiblemente el desarrollo sicomotor de la niña, además comprometiendo notoriamente su estatura”.

Queda claro, entonces, que en los casos de la pubertad precoz o de deficiente crecimiento de menores de edad, las entidades de salud deben suministrar el tratamiento correspondiente, puesto que de esta forma se hace efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los niños a la vida, la salud y a la seguridad social (art. 44 de la CP).

4. La prueba de la capacidad económica para acceder al reconocimiento de medicamentos no incluidos en el POS

La Corte ha señalado en forma reiterada⁴ que para que el juez constitucional pueda por vía de tutela ordenar el suministro de medicamentos no incluidos en el POS, deben cumplirse las siguientes condiciones:

* Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

* Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

* Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.

* Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.⁵

En punto, al requisito de la acreditación de la incapacidad económica para que sea procedente la acción de tutela respecto a prestaciones no contempladas en el POS, la Corte ha dicho que constituye una proyección de un criterio de accesibilidad económica equitativa y un elemento esencial del derecho a la salud, pues busca realizar el principio de solidaridad en armonía con el principio de igualdad. En Sentencia T-666 de 2004 MP Rodrigo Uprimny Yepes la Corte dijo al respecto:

“La regla de incapacidad económica como proyección del principio de igualdad y del principio de solidaridad respecto a la realización del derecho a la salud

“6. La realización de algunos elementos esenciales del derecho a la salud tiene un costo alto. Por ejemplo, el tratamiento de enfermedades catastróficas o ruinosas y cierto tipo de intervenciones quirúrgicas. De allí que toda decisión judicial y de política pública relacionada con el derecho a la salud deba tener como soporte una equitativa distribución de recursos. De lo contrario, se afectan los derechos fundamentales de la población, especialmente de aquella que enfrenta un mayor nivel de pobreza. Así mismo, cuando a través de un fallo de tutela se busca inaplicar las disposiciones legales que niegan la concesión de prestaciones en salud, el juez constitucional debe responder a la garantía de los derechos fundamentales en el caso concreto y tener en cuenta los efectos de sus fallos frente a la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, particularmente las restricciones financieras que actualmente enfrenta el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

“7. Al respecto, los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte deben responder a las exigencias derivadas del principio de igualdad, valor que subyace al reconocimiento de los derechos sociales. Este respeto de la igualdad debe proyectarse tanto en su dimensión formal (igualdad de trato) como en su dimensión sustantiva (igualdad material y efectiva). Por ello, el criterio de incapacidad económica constituye una proyección de un criterio de accesibilidad económica equitativa: que quienes cuenten con más recursos apoyen a quienes, por carencia de recursos, no pueden acceder a los servicios básicos de salud.

“En este punto, es importante anotar que la accesibilidad económica constituye un elemento esencial del derecho a la salud. En efecto, en su Observación General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales, intérprete autorizado del pacto⁷, consideró que la salud es un derecho humano fundamental (párr. 1) que en todas sus formas y a todos los niveles abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (párr. 12). Sobre el alcance de la accesibilidad, se afirma lo siguiente: “b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:(...)iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos (negrilla fuera de texto)”.

“Esta doctrina internacional es relevante para la solución del presente caso porque resalta como el principio de equidad en salud es necesario para garantizar la accesibilidad económica. De allí que sea irrazonable conceder prestaciones médicas, por medio del amparo constitucional, en casos donde (i) las entidades del sistema no tienen la obligación de suministrar la prestación, (ii) esta inexistencia de obligación de la entidad está justificada constitucionalmente y (iii) el afiliado puede asumir el respectivo costo.

“En el Sistema de Seguridad Social en Salud los servicios que un afiliado requiere no son cubiertos con sus propios aportes sino con los recursos del sistema, los cuáles están conformados, entre otros rubros, por los provenientes de todos los aportantes. Ello permite que quienes más contribuyen financien a aquellos que, por poseer menores ingresos, no cotizan o lo hacen en menor proporción, circunstancia que, además, persigue el cumplimiento del principio de universalidad. El objetivo último y necesario de esta dinámica es lograr el cubrimiento en salud de toda la población⁹.

“A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha destacado que la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir -dentro del marco institucional-, para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y

la salud¹⁰. En este sentido, la Corte ha considerado -por ejemplo- que la negativa de una clínica privada a prestar servicios médicos a un accionante víctima de una enfermedad grave adquirida en esa entidad, mientras la jurisdicción ordinaria resuelve el litigio que mantienen en materia de responsabilidad civil, implica por parte de ésta el desconocimiento del principio de solidaridad consagrado en el artículo 1 de la Constitución¹¹. “En efecto, el artículo 1 de la C.P., consagra como principio fundante del Estado colombiano el de la solidaridad, el cual ha dicho la Corte, “...ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad”¹².

“Lo anterior no implica que toda institución privada dedicada a prestar el servicio de salud deba, por solidaridad, atender gratuitamente a aquellas personas que carecen de medios para pagar sus tratamientos, toda vez que esa es una responsabilidad que el Constituyente radicó en cabeza del Estado. La Corte destacó en el caso descrito que de lo que se trata es de ponderar los supuestos de hecho de una determinada situación, sin que una serie de controversias legales habiliten para desconocer, mientras se resuelve un litigio, las obligaciones que se tienen de atender a una persona que haya sido paciente y que padece el resultado de una enfermedad terminal adquirida en el tratamiento que se le aplicó. Además, en el caso analizado por la Corte, el paciente estaba en imposibilidad absoluta de proveerse los medicamentos y tratamientos que requería”.

Así pues, quien no cuenta con capacidad económica tiene derecho al reconocimiento de medicamentos y tratamientos no POS por vía de tutela, siempre y cuando demuestre que también cumple con las demás exigencias que ha establecido la jurisprudencia constitucional para la procedencia del amparo constitucional en estos casos.

La jurisprudencia ha precisado que tal circunstancia da lugar a que se active la “cadena de obligados” entre los cuales figura la familia del beneficiario del sistema de seguridad social en salud. Sobre el particular la Corte ha señalado:

“...la activación del principio de solidaridad responde, frente al suministro de prestaciones excluidas del P.O.S., a un criterio de intervención subsidiaria, cuando el propio afiliado no puede asumir, por razones que son objeto de relevancia constitucional, la carga que el sistema le ha impuesto. Esta precisión exige tener presente que la realización del derecho a

la salud responde a una cadena de obligados concurrente, dado que dicha realización exige la contribución de todos los integrantes de la sociedad: los particulares, los profesionales de la salud, las familias, las comunidades locales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil, la empresa privada, etc. Estos actores tienen responsabilidades en cuanto a la realización conjunta de este derecho¹³. Con todo, el Estado es el obligado principal frente al derecho a la salud, teniendo en cuenta que la salud es un derecho social que requiere, como condición de posibilidad, de un servicio público organizado que la haga posible. Y este servicio público sólo puede surgir luego de la mediación estatal, especialmente a través de políticas públicas. La infraestructura, creada y consolidada por el Estado, permite que el resto de obligados frente a la salud (tanto las personas como las familias) puedan asumir sus deberes hacia la realización del derecho.

“Establecida la infraestructura que sirve de soporte para la realización del derecho, de acuerdo con lo establecido en una política pública específica, el Estado, los particulares que prestan el servicio público, las familias y los afiliados se convierten en obligados principales frente a ciertas prestaciones. En algunos casos, la incapacidad del principal obligado activa la carga, subsidiariamente, de la cadena de obligados. Ello ocurre en el caso de las prestaciones excluidas del P.O.S.. En efecto, frente al afiliado al régimen contributivo, se presume su capacidad de pago, razón por la cual, es él el obligado principal respecto a lo que no debe asumir legalmente una E.P.S. En los casos de incapacidad económica, la cadena de obligados conduce a la familia del afiliado, razón por la cual el juez de tutela debe verificar que esta no pueda asumir la carga. Cuando ello ocurre, se activa el principio de solidaridad y el Estado, como obligado subsidiario, entra a solventar a quien acredita necesitarlo en casos de prestaciones médicas ineludibles para la vida digna”.¹⁴

En el caso de los menores de edad que aparecen como beneficiarios del sistema de seguridad social en salud, es evidente entonces que los padres o responsables de su cuidado podrán descargar en el Estado su obligación de suministrar los medicamentos o tratamientos que no están incluidos en el POS, cuando se establezca que no cuentan con capacidad económica para sufragar el costo de los mismos. En sentido contrario, si se demuestra que cuentan con capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento que no está incluido en el POS, el Juez Constitucional debe denegar el amparo de los derechos constitucionales del menor.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por ejemplo, en Sentencia T-421 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis, la Corte negó una tutela interpuesta por el padre de una menor, afiliada al régimen contributivo, que necesitaba medicamentos para el crecimiento de su hija. Estos medicamentos se encontraban fuera del P.O.S. En dicho caso, la Corte no encontró probada la capacidad económica en proporción a los ingresos de los padres de la menor¹⁵.

También en Sentencia T-1047 de 2002 MP Jaime Araujo Rentería, la Corte consideró que los padres de la menor estaban en capacidad económica de asumir el costo del examen denominado análisis computarizado de la marcha, cuyo valor ascendía a \$ 440.000, teniendo en cuenta que los ingresos mensuales de los padres ascendían a \$ 3.600.000.

Vale recalcar que en la determinación del requisito de la incapacidad económica para acceder por vía de tutela a medicamentos o tratamientos no POS, es de suma trascendencia la actividad probatoria que pueda desplegar el Juez Constitucional pues éste no debe contentarse con la simple afirmación del accionante, sino que incluso debe echar mano de la facultad para decretar pruebas de oficio a fin de establecer si realmente quien solicita el amparo constitucional carece de medios económicos para asumir su costo. En Sentencia T-421 de 2001 MP Álvaro Tafur Gálvis la Corte puntualizó a este respecto:

“...interesa resaltar, en punto a la verificación de los hechos capaces de dar nacimiento al derecho de invocar la protección del juez constitucional, que la carga de su demostración no recae exclusivamente en el actor, puesto que al fallador le corresponde desplegar una actividad sin límites, con miras a alcanzar la convicción que requiere el emitir órdenes precisas e inmediatas tendientes al restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados, como también para dejar de hacerlo. No obstante, la acuciosidad que debe desplegar el juez constitucional se trunca frente al actor renuente a presentar las pruebas conducentes a liberarlo de su propia responsabilidad”.

En todo caso, el Juez Constitucional debe obrar con ponderación frente a estas situaciones, pues si llega a establecer que pese a que el accionante cuenta con medios económicos, el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir su mínimo vital, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud,

debiendo, en consecuencia, acceder al amparo constitucional¹⁶.

En suma, si los padres o responsables del menor que requiere un medicamento o tratamiento no incluido en el POS, cuentan con capacidad económica para sufragar su valor, el Juez Constitucional debe abstenerse de conceder el amparo solicitado. Pero, si no logra demostrarse la incapacidad para hacerse cargo del tratamiento o medicamento no POS debe acceder a la protección de los derechos fundamentales del niño, pues estos tienen carácter prevalente (art. 44 de la CP).

5. Solución al caso concreto

Elvira Isabel Redondo Guarnizo, madre de la niña Steffi Andrea Valderrama Redondo, a través de la acción de tutela ha solicitado que se ordene al Colmédica EPS entregar a dicha menor el medicamento acetato de leuprolide para el tratamiento de la pubertad precoz que padece, pues como se trata de un remedio que no está incluido en el POS su costo es elevado y ella no puede asumirlo, dado que devenga un salario exiguo como secretaria de la empresa INVERVAL Ltda.

Los jueces de instancia deniegan el amparo constitucional a favor de la menor, porque en su parecer aún cuando la accionante carece de recursos económicos, su padre, Carlos Alberto Valderrama Palacio, quien es un reconocido futbolista y figura pública, cuenta con suficientes medios económicos que le permiten asumir el costo del citado medicamento.

La accionante aclara en su escrito de impugnación que para la época de su afiliación al sistema de salud (año 2000) hacía vida marital con el señor Valderrama, pero que en la actualidad no lo hace, de modo que en su condición de madre cabeza de familia debe hacerse cargo del sostenimiento de la menor Steffi Andrea. Agrega, que el que la menor esté cubierta con un plan de medicina prepagada no es indicio de la solvencia económica de su progenitor.

Esta Sala de revisión, no puede ignorar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la menor Steffi Andrea Valderrama, ya que la realización del tratamiento para la pubertad precoz no puede quedar atada al cumplimiento de las obligaciones alimentarias de su progenitor. Por tal razón, en el asunto que se revisa la Sala debe encontrar una solución que haga efectivo el interés superior de ésta, pero sin llegar a afectar los intereses de la empresa

Colmédica EPS, entidad que como bien se sabe no está llamada a sufragar el costo de medicamentos o tratamientos no POS, pues tal obligación recae directamente sobre el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Frente a esta situación, en atención a las afirmaciones de la actora, las que no están desvirtuadas en el proceso, encuentra la Sala que se trata de una madre cabeza de familia, que tiene bajo su cuidado y protección a una menor que requiere un medicamento que no está en capacidad económica de adquirir dado los altos del mismo. Por lo tanto, en criterio de esta Sala, la solución al caso bajo revisión consistirá en revocar las decisiones de instancia y, en su lugar, otorgar el amparo de los derechos constitucionales de la niña Steffi Andrea Valderrama Redondo, dado que dentro del expediente también ha quedado debidamente demostrado el cumplimiento de las demás exigencias establecidas por la jurisprudencia para el reconocimiento de medicamentos o tratamientos no POS, a saber:

* La exclusión del medicamento recomendado a la menor amenaza y pone en peligro sus derechos fundamentales a una vida en condiciones de igualdad y dignidad, a su integridad física y su salud, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación;

* No existe un medicamento incluido en el POS que pueda reemplazar la droga recomendada y le ofrezca los mismos efectos terapéuticos, lo que se deduce i) del formato de justificación médica para solicitud de medicamentos no POS allegado al expediente, ii) la negativa de la EPS de proporcionarlos, y iii) del hecho de que el Comité Técnico Científico de la institución no ofreció otra alternativa para el tratamiento de la menor;

* El medicamento ha sido prescrito por un médico de la EPS;

* Se demostró que la madre de la menor no puede sufragar por si misma los gastos del medicamento;

Cabe recordar, que la anterior determinación no implica exonerar al padre de la menor de la obligación alimentaria que para con ella le corresponde legalmente, y que incluye por supuesto la atención en salud, para lo cual existen las acciones legales pertinentes que la madre estaría capacidad de promover.

Finalmente, debido al otorgamiento del amparo que implica que Colmédica EPS debe entregar a la Steffi Andrea Valderrama el medicamento acetato de leuprolide para el tratamiento de la pubertad precoz que padece, sin tener la obligación legal de asumir su costo, se precisará que la entidad demandada podrá cobrar al Estado, a través del Fosyga, por los valores pagados por el suministro del mencionado medicamento a la menor.

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

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo. REVOCAR los fallos dictados en el asunto de la referencia por los Juzgados Tercero Penal Municipal y Primero Penal del Circuito de la ciudad de Barranquilla (Atl), mediante los cuales se denegó la acción de tutela instaurada en favor de la menor Steffi Andrea Valderrama Redondo y, en su lugar, CONCEDER el amparo de su derecho fundamental a la salud.

Tercero. Ordenar a Colmédica EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, suministre a la menor Steffi Andrea Valderrama Redondo, el medicamento acetato de leuprolide, y lo continúe suministrando durante todo el tiempo que la menor lo requiera por prescripción médica.

Cuarto. Durante el tiempo que esté vigente el amparo constitucional, Colmédica EPS, podrá cobrar al Estado, a través del Fosyga, por los gastos en los que incurra por el suministro del medicamento acetato de leuprolide a la menor Steffi Andrea Valderrama Redondo.

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

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

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

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

2 M.P. Antonio Barrera Carbonell

3 T-970 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

4 Sentencias T-1204 de 2000, T406 de 2001 y T-237 de 2002 entre muchas otras

5 Sentencia T-300/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

6 La Ley 74 de 1968 incorporó a la legislación interna de Colombia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha proferido numerosos fallos en los cuales señala que los tratados internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto se pueden consultar, entre otras, la sentencia T-568 de 1999, en la cual esta Corporación catalogó a los derechos sociales como derechos humanos, con la proyección práctica de ubicarlos dentro del bloque de constitucionalidad. De otra parte, en la sentencia T-1319 de 2001, se dijo: “La Corte Constitucional considera que esos contenidos normativos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, son relevantes para resolver casos como el presente, en la medida en que (...) hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del mandato del inciso segundo del artículo 93, según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” y más adelante señaló: “En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta”. De igual manera, la sentencia C-551 de 2003, mediante la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, indicó que tratados internacionales ratificados por Colombia como los convenios de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador, entre otros, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

7 La Observación General 14 fue adoptada durante el 22º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A partir de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, la Corte Constitucional ha considerado que la doctrina autorizada proferida por instancias internacionales de derechos humanos (como el mencionado Comité) constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, en consecuencia, de los propios derechos constitucionales. Ver al respecto la sentencia T-1319 de 2001.

8 En la sentencia C-193 de 1997, la Corte analizó la constitucionalidad de las normas que regulaban la contribución parafiscal efectuada a las Cajas de Compensación Familiar con el fin de utilizar dineros del subsidio familiar para el apoyo del régimen subsidiado en salud. En opinión de la Corte, la contribución parafiscal que establece el precepto demandado no se

queda en el reducido ámbito de los trabajadores que cotizan a las cajas de compensación familiar sino que se proyecta hacia los beneficiarios del régimen subsidiado de salud, incluidos trabajadores independientes y no cotizantes en dichas entidades, pero ello no vicia de inconstitucionalidad el precepto. Por el contrario, se realiza por esa vía el principio general de solidaridad contemplado en el artículo 1 de la Carta.

9 Ver sentencia T-421 de 2001.

10 Sentencia T-505 de 1992, reiterada en la sentencia T-209 de 1999.

11 Sentencia SU-645 de 1997.

12 Sentencia T-533 de 1992.

13 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, Op. Cit, párr. 42.

15 En la sentencia T-995 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), se reiteró que no era procedente la acción de tutela para el suministro de medicamentos por fuera del P.O.S. si no era probada la incapacidad económica para adquirirlos.

16 Sentencia T-666 de 2004 MP Rodrigo Uprimny Yepes