

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso en que no se ordena el suministro de hormona de crecimiento por cuanto debe atenderse el criterio del médico tratante

Para ordenar el suministro de la hormona de crecimiento, como medicamento excluido del P. O. S. se requiere verificar en el caso concreto, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta corporación para la inaplicación de las normas que limitan la cobertura de atención en salud. En relación con la primera de estas exigencias, esto es, la necesidad del medicamento para garantizar los derechos fundamentales del paciente, es necesario establecer, como antes se anotó, (i) si el menor sufre alguna patología que esté impidiendo su normal crecimiento y (ii) si alcanzará los niveles normales de crecimiento. Al respecto la Sala considera que, debe darse pleno valor a las declaraciones que en sede de instancia efectuó el médico especialista tratante del menor, quien al respecto afirmó, de un lado, que éste no padece una patología asociada al crecimiento y de otro, que alcanzará la talla mínima normal para varones. La Sala considera que al verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios -de acuerdo con la jurisprudencia constitucional- para ordenar el suministro de la hormona de crecimiento debe atenderse en forma preferente el criterio aportado por el profesional de la salud y respecto del cual, no cabe duda alguna en este caso.

Referencia: expediente T-1725171

Acción de tutela instaurada por Dersi María Torres Beltrán en representación de su menor hijo Oscar Julián Bravo Torres contra COMPENSAR E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Jaime Araujo Renteria, Clara Inés Vargas Hernández 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 Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá en la acción de tutela instaurada por Dersi María Torres Beltrán en representación de su menor hijo Oscar Julián Bravo Torres contra COMPENSAR E.P.S.

### I. ANTECEDENTES.

El pasado veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007), la ciudadana Dersi María Torres Beltrán interpuso acción de tutela ante el Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá, solicitando el amparo de los derechos fundamentales a la salud, la igualdad, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad y la vida digna de su hijo Oscar Julián Bravo Torres, los cuales, en opinión de la accionante, han sido vulnerados por COMPENSAR E.P.S.

De acuerdo con la solicitud de tutela, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes hechos:

2.- La señora Torres Beltrán afirma que el endocrinólogo tratante de su hijo Oscar Julián - adscrito a COMPENSAR E.P.S.- le diagnóstico “talla baja idiopática” y que en consecuencia, prescribió el uso de la Hormona de crecimiento AMP X 8 MG en aplicación de 4 unidades de lunes a sábado, durante un lapso de tres meses, mientras se estudia su evolución.

3.- COMPENSAR E.P.S. se negó a suministrar el mencionado medicamento, argumentando que el mismo se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

4.- De acuerdo con la solicitud de amparo, la peticionaria se encuentra en incapacidad de asumir el costo del medicamento prescrito a su hijo, por cuanto los ingresos que percibe como funcionaria de la Rama Judicial a penas son suficientes para cubrir los gastos de sus dos hijos menores y la obligación hipotecaria que tiene respecto del bien donde habita con ellos, sin que para el efecto cuente con un apoyo económico estable por parte del padre de los menores.

5.- Por tal razón, la accionante solicita se ordene a COMPENSAR E.P.S. proporcionar la

hormona de crecimiento prescrita a su hijo por el médico tratante adscrito a dicha entidad y de esta forma, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales del menor.

## II. INTERVENCIÓN DEL DEMANDADO

Dentro del término concedido por el juez de instancia, la entidad demandada contestó la acción de tutela interpuesta por Dersi María Torres Beltrán en representación de su hijo Oscar Julián Bravo Torres, afirmando la improcedencia de la misma debido a que, en su concepto, COMPENSAR E.P.S. ha prestado en forma completa y oportuna todos los servicios a que tiene derecho el menor y que hacen parte del Plan Obligatorio de Salud.

Agrega que, en el caso de la referencia no autorizó el medicamento Hormona de crecimiento por cuanto en el mismo, “NO se cumple con los criterios para la autorización de medicamentos no POS establecidos en la Resolución 2933 de 2006 en su artículo 6º, literal c y d” de acuerdo con el cual “Debe existir un riesgo inminente para la vida y la salud del paciente, lo cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva. La prescripción del medicamento deberá coincidir con las indicaciones terapéuticas que hayan sido aprobadas por el INVIMA en el registro sanitario otorgado al producto”.

En tal sentido, la accionada afirma que no ha vulnerado los derechos fundamentales de Oscar Julián Bravo Torres, razón por la cual, solicita al juez de amparo despachar desfavorablemente la petición elevada por su señora madre.

## III. PRUEBAS RELEVANTES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Se allegaron al expediente algunas pruebas que por su relevancia serán enumeradas por la Sala:

1.- Resumen de la Historia Clínica del menor Oscar Julián Bravo, efectuado por el doctor Shokery Awadalla especialista en endocrinología pediátrica, adscrito a COMPENSAR E.P.S., en la cual se señala:

“En Nov. 2003 la talla fue de 103.7 cm, y peso de 16,2 Kg. Prepuberal. Talla materna de 1.46 cm. Y paterna de 1.64 cm., TSH de 3.6, IGF-I de 137.6, edad ósea de 5 años. En Agosto 2004 la talla fue de 108 cm y peso de 18. En Feb 2005 la talla fue de 111 cm y peso de 19.2, prepuberal, edad ósea de 7.5 años. Test de clonidina para GH que mostró pico de GH de 36.1

ng/ ml (normal). TSH de 2.6, T4 libre de 1.7. Último control en Abril 2007 con talla 122.2 cm y peso de 24,4 kg, edad ósea 10 años. El pronóstico de la talla final de Oscar es bajo, los padres expresan su deseo de mejorar la talla final, se comentó sobre la posibilidad del uso de la hormona de crecimiento a la dosis 4U/ día 6/7 para mejorar la talla final. (fl 6).

2.- Comunicación escrita dirigida al juez de instancia por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA-, en la cual, además de enlistar los registros sanitarios otorgados por la entidad para la comercialización del producto denominado Hormona de Crecimiento, se señala que la indicación del producto es:

“Terapia sustitutiva en la deficiencia de hormona de crecimiento, síndrome de Turner, indicado para el tratamiento de largo plazo de niños que presentan falla en el crecimiento debido a falta adecuada de secreción de hormona de crecimiento pituitaria” (fl. 33).

“BOGOTÁ D. C. JULIO DOCE (12) DE DOS MIL SIETE (2007). En la fecha se deja constancia que siendo las cuatro de la tarde (4:00 p.m.), me comunico al abonado telefónico 6 16 60 79, hablo con el doctor Shokery Awadally y le solicito aclaración sobre el caso de OSCAR JULIÁN BRAVO, en el sentido de informarme si el niño presenta alguna patología en su crecimiento, toda vez que en el resumen de historia clínica aparece que tiene edad ósea de 10 años, que se comenta a los padres el uso de la hormona de crecimiento para mejorar la talla final del menor, la mamá en la denuncia manifiesta que el niño tiene 09 años de edad y el Invima indica que la hormona es autorizada para tratar el síndrome de turner, seguidamente el doctor indica que la talla baja idiopática indica que el niño es y va a ser bajito, sin que se encuentre una causa patológica de ello, el niño es sano, normal, adecuadamente alimentado, su baja talla no obedece a que está mal nutrido, no padece el síndrome de turner, ni presenta falta de adecuada secreción de hormona de crecimiento pituitaria, sin embargo, aclara, la hormona no solo tiene autorizado ese uso en Colombia, ya que tiene otras muchas indicaciones médicas sólo que para el caso específico del crecimiento ese es su principal uso, sin que ello implique que no puede prescribirse para otras aplicaciones. Él como médico debe orientar a los padres del niño sobre el bienestar y calidad de vida del menor que puede mejorarse con la hormona, ya que el niño llegará a la estatura límite inferior normal, que es de 1.60 para varones, la hormona le ayudará a crecer cinco centímetros más, su progenitora mide 1.46 cms y su padre 1.54 cms.”<sup>1</sup> (fl. 36).

#### IV. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1.- En sentencia del trece (13) de julio de dos mil siete (2007) el Juzgado Cuarenta y Tres Penal Municipal de Bogotá decidió negar el amparo solicitado.

De acuerdo con la consideraciones del a quo, “del material probatorio analizado se concluye que no hay vulneración de los derechos fundamentales a la VIDA DIGNA, la INTEGRIDAD FÍSICA, LA IGUALDAD Y LA DIGNIDAD de OSCAR JULIÁN BRAVO TORRES, el medicamento que demanda su progenitora no está incluido en el pos y, según el dictamen médico, el menor no lo necesita para atender alguna situación patológica de su crecimiento, contrariamente el afiliado es un niño sano (...)”.

Así mismo, con fundamento en lo señalado por esta corporación en sentencia T-207 de 2007, agrega el juez de instancia que si más adelante las circunstancias del menor cambian y el diagnóstico médico indica que la hormona de crecimiento es necesaria para atender una condición relacionada con su crecimiento por debajo de lo normal, el suministro del medicamento podrá reclamarse nuevamente por la vía de la tutela.

2.- Una vez notificada del fallo, la ciudadana impugnó la decisión de primera instancia ante el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá. En el escrito de impugnación la accionante solicita se conceda el amparo de los derechos fundamentales de su hijo Oscar Julián, los cuales considera han sido efectivamente vulnerados puesto que, según afirma la accionante, en las citas de control, el médico tratante afirmó que el niño a lo sumo alcanzaría 1.50 cms. de estatura, razón por la cual, concluyó que “su talla puede efectivamente mejorar si se le suministra la hormona de crecimiento, con la que podría aspirar a dejarlo en 1.60 cms.”

3- En sentencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil siete (2007), el ad quem confirmó el fallo de primera instancia al considerar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el suministro de la hormona de crecimiento se hace imperativo siempre que la disfunción en el proceso de crecimiento se encuentre asociada a alguna patología, lo cual no sucede en este caso, razón por la cual, no puede considerarse que COMPENSAR E.P.S. haya vulnerado los derechos fundamentales del menor Oscar Julián Bravo Torres.

#### V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

## 1. Competencia

Esta Sala es competente 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. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si al negar el suministro de la hormona de crecimiento prescrita por el médico tratante COMPENSAR E.P.S. vulneró los derechos fundamentales del menor Oscar Julián Bravo Torres.

Así, para dar solución al problema jurídico es preciso (i) presentar una reiteración jurisprudencial acerca de la protección del derecho constitucional fundamental a la salud por medio de la acción de tutela; (ii) reiterar la jurisprudencia de esta corporación en relación con la prevalencia y especial significación de los derechos de los niños; (iii) reiterar varios pronunciamientos de esta Corporación a propósito del suministro de la hormona de crecimiento como medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud; (iv) con fundamento en las consideraciones mencionadas se abordará el estudio del caso concreto.

### 2.1 Protección del derecho constitucional fundamental a la salud por acción de tutela. Reiteración Jurisprudencial.

Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación –derecho constitucional fundamental y servicio público<sup>2</sup>-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>3</sup>.

En este orden de ideas, el artículo 49 de la Constitución Nacional dispone que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del

Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

En relación con la protección del derecho constitucional fundamental a la salud mediante acción de tutela, ha expresado la Corporación que la salud no es un derecho fundamental cuya protección se pueda brindar prima facie por vía de tutela. La implementación práctica de este derecho implica no desconocer su faceta prestacional, asunto éste, que obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que la eficacia de este derecho tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la puesta en vigencia de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano.

De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio – mandato de optimización – y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

Justo en esa misma línea argumentativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el amparo por vía de tutela del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en

situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional fundamental a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.

Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado 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.”<sup>4</sup> De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente cuya garantía resulta indiscutible.

A propósito del segundo criterio cabe señalar que la incapacidad económica para acceder a servicios excluidos de los planes obligatorios, al conjugarse con sucesos concretos como las condiciones particulares – en relación con su especial consagración en la Constitución- de quien alega la posibilidad de acceder a ellos, o como los eventos que rodean la situación en que se solicita su garantía, pueden derivar en el desconocimiento del carácter indivisible e interdependiente<sup>5</sup> de los llamados derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales y culturales. El concepto mismo de salud, enmarcado dentro de los derechos económicos sociales y culturales, se define a través de elementos relacionados con el favorecimiento y realización de aspectos como la vida, la dignidad y el desarrollo, los cuales

a su vez se han enmarcado dentro de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Corte ha reconocido que si en un caso concreto se determina que la falta de garantía del derecho a la salud trae como consecuencia hacer nugatorio su mismo alcance conceptual, entonces su protección debe brindarse por el juez constitucional.

No resulta pues razón suficiente, cuando se presentan las situaciones descritas, que los ciudadanos no puedan reclamar y acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener como asumir su costo. De un lado, la Corte Constitucional ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49)"<sup>6</sup>. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

## 2.2 Los derechos fundamentales de los niños y las niñas. El derecho a la salud de los menores. Reiteración Jurisprudencial.

En sucesivas oportunidades, la Corte Constitucional ha tenido la ocasión de resaltar la importancia de los derechos fundamentales de los niños y no pocas veces ha protegido tales derechos<sup>7</sup> subrayando, de paso, la múltiple categorización que la Norma Superior realiza de las garantías contempladas para los menores<sup>8</sup>: los niños gozan de todos los derechos que se establecen en la Constitución y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, de aquellos que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno. Esta protección se ve reforzada en el artículo 44 en donde se contienen de manera enumerativa, aun cuando no excluyente, toda una serie de derechos fundamentales orientados a proteger los intereses superiores del menor, prerrogativas respecto de las cuales, la misma Carta afirma su prevalencia respecto de los derechos de los demás.

En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños gozan también de un amplio desarrollo. Así, existen en la materia múltiples instrumentos internacionales que prevén el deber del Estado y los particulares de brindarles especial protección a los menores.

Tal es el caso del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos<sup>9</sup>, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales<sup>10</sup>.”

Esta Corporación señaló en sentencia C-507 de 2004<sup>11</sup> que, los derechos fundamentales de los niños se caracterizan por ser derechos de protección, en tal sentido, implican la necesaria adopción de una serie de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar el desarrollo armónico e integral de los menores, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Por tal razón, deben cobijar la esfera intelectual, afectiva, deportiva, social y cultural de los menores, como dimensiones que forman parte del desarrollo integral de la persona.

La anterior premisa cobra vital importancia en relación con la garantía del derecho a la salud, prerrogativa que, a la luz de las normas constitucionales e internacionales en la materia, debe ser considerada un derecho fundamental en cabeza de los menores y cuya protección procede directamente por la vía de la acción de tutela. <sup>12</sup>

Al respecto, cabe recordar finalmente que -como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en múltiples oportunidades- todo ciudadano está legitimado para asumir la defensa efectiva de los derechos fundamentales de los menores por medio de la acción de tutela, previsión que desarrolla la obligación radicada en cabeza de la sociedad en relación con la protección de sus derechos.<sup>13</sup>

### 2.3 Suministro de la hormona de crecimiento como medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud -P. O. S.-. Reiteración Jurisprudencial.

Como se señaló en un acápite previo, los servicios de salud a los cuales tienen derecho los usuarios y que constituyen obligaciones en cabeza de las Empresas Promotoras de Salud, se encuentra limitados -en principio- por la definición de los Planes Obligatorios de Salud que tiene lugar en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Dicha premisa, sin embargo, ha sido objeto de una importante precisión por parte de la jurisprudencia constitucional, consistente en la posibilidad de -una vez verificadas ciertas exigencias -

inaplicar las normas en la materia y extender la atención en salud a prestaciones no previstas por las mismas.

En tal sentido, esta Corporación ha afirmado que:

“Esas exigencias se reducen básicamente a que: (i) la falta del medicamento o tratamiento excluido, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal de la persona; (ii) que el fármaco o procedimiento no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del Plan, siempre y cuando el nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud; (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo”<sup>14</sup>

En el caso específico del medicamento denominado hormona de crecimiento, el cual no se encuentra previsto dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha afirmado en relación con el cumplimiento del primero de los requisitos antes señalados que, en aquellos casos en los cuales, los menores no alcanzan los niveles de crecimiento normales, no sólo su condición física se ve afectada, sino que adicionalmente, se menoscaba su autoestima, el derecho que tienen a desarrollarse en condiciones iguales a las de cualquier persona y por ende su dignidad humana.<sup>15</sup> Razón por la cual, en aquellas hipótesis en las cuales los niños o las niñas sufran trastornos de crecimiento que les impidan alcanzar los estándares que de acuerdo con su edad y condiciones específicas son esperables, afectando la imagen que tienen de sí mismos y las posibilidades con las que cuentan para desarrollarse en condiciones similares a las del resto de la población, el juez constitucional está en la obligación de conjurar la vulneración de sus derechos fundamentales ordenando el suministro del medicamento en mención de conformidad con el diagnóstico médico obrante en el proceso.

Así mismo, la Corte ha afirmado en algunos pronunciamientos que, cuando el diagnóstico del galeno tratante permita concluir que la baja estatura no se debe a problemas de orden patológico, sino a causas de otra índole, que no impiden al menor alcanzar una talla normal,

no existe una vulneración de los derechos fundamentales del niño que requiera la intervención del juez de tutela. 16

La anterior premisa sin embargo, sólo puede ser aplicada cuando se haya constatado que: (i) el menor alcanzará una estatura que, pese a ser baja, iguala o supera la normal y (ii) no existe una causa patológica que justifique la baja talla. En otros términos, mientras no exista un dictamen médico claro al respecto, no le es dado al juez constitucional negar el amparo solicitado.

### 3. Caso concreto

En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, Dersi María Torres Beltrán solicita la protección de los derechos fundamentales de su hijo Oscar Julián Bravo Torres, los cuales estima han sido vulnerados por COMPENSAR E.P.S. al negarle el suministro de la hormona de crecimiento, medicamento que requiere de conformidad con el diagnóstico del endocrinólogo tratante del menor, adscrito a la mencionada entidad.

COMPENSAR E.P.S. señala que de acuerdo con las normas legales y reglamentarias que establecen la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, no se encuentra obligada a suministrar el medicamento denominado hormona de crecimiento, razón por la cual, no ha vulnerado los derechos fundamentales del menor Bravo Torres.

De conformidad con lo señalado líneas atrás, para ordenar el suministro de la hormona de crecimiento, como medicamento excluido del P. O. S. se requiere verificar en el caso concreto, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta corporación para la inaplicación de las normas que limitan la cobertura de atención en salud.

En relación con la primera de estas exigencias, esto es, la necesidad del medicamento para garantizar los derechos fundamentales del paciente, es necesario establecer, como antes se anotó, (i) si el menor sufre alguna patología que esté impidiendo su normal crecimiento y (ii) si alcanzará los niveles normales de crecimiento. Al respecto la Sala considera que, debe darse pleno valor a las declaraciones que en sede de instancia efectuó el médico especialista tratante del menor, quien al respecto afirmó, de un lado, que éste no padece una patología asociada al crecimiento y de otro, que alcanzará la talla mínima normal para varones.

Así, pese a que según la accionante, su hijo tiene una talla menor a la de los niños de su edad y tan sólo alcanzará a medir 1.50 cms. es el profesional de la salud que en este caso ha evaluado integralmente a Oscar Julián y ha tenido conocimiento de todos los exámenes médicos necesarios para complementar el diagnóstico, quien cuenta con los elementos de juicio necesarios para determinar si el medicamento es o no necesario para garantizar los derechos del menor. Por tal razón, a pesar de haber efectuado una prescripción médica en relación con la hormona de crecimiento, debe resaltarse que, como lo afirmó el mismo galeno en sede de instancia (fl. 36), este medicamento es sólo una posibilidad que él sugiere para mejorar la talla del niño, a pesar de que como antes se anotó, Oscar Julián Bravo Torres es un niño sano y el pronóstico respecto de su estatura indica que alcanzará la estatura normal inferior.

De esta forma, la Sala considera que al verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios -de acuerdo con la jurisprudencia constitucional- para ordenar el suministro de la hormona de crecimiento debe atenderse en forma preferente el criterio aportado por el profesional de la salud<sup>17</sup> y respecto del cual, no cabe duda alguna en este caso.

En tal sentido, la omisión de COMPENSAR E.P.S. en relación con el suministro de la hormona de crecimiento a Oscar Julián Bravo Torres no vulnera sus derechos fundamentales, en cuanto (i) el menor no sufre un trastorno de crecimiento y (ii) de acuerdo con el pronóstico médico alcanzará una estatura que - pese a no ser aquella que él o su madre podrían desearse encuentra dentro de los estándares normales.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala negará el amparo solicitado por la señora Dersi María Torres Beltrán en representación de su menor hijo, confirmando la sentencia proferida por los jueces de instancia.

## VI. DECISION

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

## RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Juzgado

Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, NEGAR el amparo deprecado por la ciudadana Dersi María Torres Beltrán en representación del menor Oscar Julián Bravo Torres.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La afirmación relativa a la estatura del padre del menor difiere de aquella contenida en la historia clínica aportada como prueba por la peticionaria y que obra a folio 6 del cuaderno 1 del respectivo expediente.

2 En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuétales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

4 Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003.

5 Comité de Derechos Económicos sociales y culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, Párrafo 8.

6 Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 1992 (protege el derecho al acceso a la educación normal frente a la educación especial); sentencias T-523 de 1992; T-217 de 1994; T-278 de 1994; T-339 de 1994 (protegen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella); sentencia T-524 de 1992 (protege el derecho de los niños al libre desarrollo de su personalidad); sentencias T-067 y T-068 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la igualdad de oportunidad en colegios bilingües; sentencias T-378 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la vida y a la salud; sentencia T-466 de 1992 (protege el derecho de los niños a la recreación.

8 Consultar, entre otras, las sentencias T 402 de 1992, SU-043 de 1995 y C-157 de 2002.

9 Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere.”

10 De la lectura de la Convención sobre los Derechos de los Niños resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños sin distinción, tanto a los niños que habitan países subdesarrollados, como a aquellos que proceden de países desarrollados; (iii) los derechos de los niños se aplican por igual a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y

como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores.

11 En aquella ocasión le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de inexequibilidad parcial de los artículos 34 y 140, del Código Civil.

12 En tal sentido, ver sentencias T-640 de 1997, T-556 de 1998, T-514 de 1998, T-610 de 2000, T-1346 de 2000, T-659 de 2003, entre otras.

13 Así, por ejemplo, sentencia T-758 de 2005.

14 Sentencia T-540 de 2002.

15 Cfr. Sentencias T-442 de 2000, T-970 de 2001, T-1188 de 2001, T-399 de 2004 y T-207 de 2007.

16 Cfr. Sentencias T-087 de 2003 y T-207 de 2007.

17 En relación con la reserva médica en materia de tratamientos, señaló esta Corporación en sentencia T-234 de 2007: “La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).”