

Sentencia T-217/04

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Suministro de medicamento por pubertad precoz

GARANTIA DE ACCESIBILIDAD ECONOMICA EN SALUD-Estado tiene posibilidad de establecer distintos sistemas de financiación/CAPACIDAD ECONOMICA DE PADRES DE MENOR-Juez debe analizar si otras obligaciones alimentarias impiden asumir el monto de lo exigido por la EPS/CAPACIDAD ECONOMICA DE PADRES DE MENOR-Prueba

Para el presente caso, resulta especialmente relevante la garantía de accesibilidad económica mencionado en el último párrafo transcrito de la Observación N°14. Tal como se desprende de la observación, el Estado tiene la posibilidad de establecer distintos sistemas de financiación del acceso a la salud. Financiación que ha de tener en consideración la capacidad económica de las familias, de suerte que el gasto en salud no se convierta en una “carga desproporcionada”, en particular para las familias pobres. El actual sistema de salud colombiano, en sus componentes del sistema de seguridad social en salud y la atención a través de la red pública, está dirigido a satisfacer este criterio. Se observa que, en términos generales, quienes tienen ingresos asegurados han de contribuir proporcionalmente al sistema, mientras que la población pobre y carente de ingresos suficientes, son atendidos bajo modalidades subsidiadas. Acceder a los servicios de salud no puede demandar una erogación tal que se pongan en peligro otros derechos fundamentales de los integrantes de la familia o que supongan sacrificar, en aras de atender a uno de sus miembros, las condiciones de dignidad que merecen los demás integrantes de la familia. Lo anterior implica que no es posible establecer criterios absolutos sobre el porcentaje que han de sufragar las familias para lograr el acceso a los servicios de recuperación de la salud de sus integrantes. Así, demandar un 50 o 90% del costo de un servicio puede resultar en ocasiones en una erogación exigua para la familia. En otros casos, puede conducir a demandas de pago que desbordan por completo la capacidad de pago de la familia y la colocan en una situación que conduce a la degradación de sus condiciones de vida. Tal demanda, no resulta compatible con la protección que la Constitución obliga a brindar a la familia y a sus miembros.

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD Y TEST DE IGUALDAD

El juicio de igualdad en esta materia, debería ser intenso, pues para la Corte Constitucional

los niños caben en la mencionada categoría de personas en condiciones de debilidad manifiesta y, además, corresponden a un grupo que, por definición, carece de “acceso efectivo a la toma de decisiones”. Sin embargo, en punto al sistema de salud, es necesario tener presente diversas situaciones que inciden en el anterior análisis. Así, debe admitirse que es distinta la situación de la absoluta desatención de los menores, que exige un juicio estricto, de exclusiones parciales de la atención a los males de los menores. En el primer caso, prima facie, no existe justificación alguna, en el sentido de una decisión tomada sobre la base de parámetros objetivos, que sustenten la exclusión. En el segundo caso, prima facie, ha de suponerse que tales parámetros existen, tal como lo manda la Ley 100 de 1993. Conforme a lo anterior, existiendo una decisión previa, que define una exclusión parcial del sistema de seguridad social en salud, el juicio de igualdad sobre dicha exclusión, refiriéndose exclusivamente a los menores, está sujeta a un juicio intermedio de igualdad. En sentencia C-980 de 2002 la Corte señaló que este grado de intensidad “supone tres pasos analíticos con los siguiente parámetros de juicio en cada uno de ellos: (i) establecer si el fin buscado por la norma acusada es, por lo menos, importante constitucionalmente; (ii) establecer si el medio elegido no está prohibido; y (iii) determinar si el medio escogido es efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto.”.

JUICIO DE IGUALDAD-Ministerio no remitió documentos que prueben fundamentación de trato diferencial en régimen de atención en salud a menores

La negativa del Ministerio de la Protección Social de remitir tales documentos, además de constituir una negativa a dar cumplimiento a una orden judicial (y, por lo tanto deberá ser objeto de investigación), implica que no existen razones para suponer que la diferenciación está soportada en la persecución de un fin constitucionalmente válido. No existen elementos de juicio que permitan inferir que en el estado actual del sistema de seguridad social en salud éste no está en capacidad de soportar –sean razones técnicas, económicas o epidemiológicas-, el suministro del medicamento ordenado por el médico tratante de la menor. La Corte debe advertir que tratándose de asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración, sujeto a condiciones precisas definidas en la ley (art. 162 de la Ley 100 de 1993), la etapa inicial del juicio de igualdad se supera a partir de pruebas que demuestren plenamente que la decisión de trato diferencial se apoya en los mencionados criterios o condiciones. La ausencia en el presente caso de pruebas, que fueron solicitadas oportunamente, obligan a la Corte Constitucional a declarar que el Consejo Nacional de

Seguridad Social en Salud dictó un régimen de atención de los menores que, en punto a la atención de los males relacionados con la pubertad precoz, resulta discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad de los menores cubiertos por el sistema.

INAPLICACION DE NORMA-Medicamento excluido en Acuerdo/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Inclusión en Manual de Medicamentos a partir de fallo

Como consecuencia del carácter discriminatorio del sistema, corresponde al juez constitucional ordenar la exclusión de la medida discriminatoria. En el presente caso ello implica inaplicar la exclusión (expresa o implícita) contenida en el Acuerdo 228 de 2002 sobre el medicamento LEPRON DEPOT y, a partir de este fallo, entenderlo incluido en el manual de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud. Por lo mismo, E.P.S. COOMEVA deberá suministrar el medicamento en las condiciones ordinarias en que se entregan los medicamentos incluidos en el mencionado plan. Por lo mismo, no se ordenará que el FOSYGA cubra el diferencial, pues no se trata de un medicamento excluido. E.P.S. COOMEVA, con todo, si lo considera pertinente, podrá solicitar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la revisión de los aspectos financieros alterados por esta decisión.

Referencia: expediente T-753836

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Bogotá D. C., ocho (8) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en uso de sus facultades constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena en el proceso de tutela instaurado por Aura María Alfaro Cervantes en contra de SALUD COOMEVA E.P.S..

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. La demandante, por intermedio de apoderado, manifiesta que su hija menor presenta pubertad precoz. Para enfrentar los problemas derivados de sus condiciones médicas, se ordenó un tratamiento con un medicamento denominado LEPRON DEPOT.

La E.P.S. Coomeva exigió a la demandante que cubriera el 50% del costo del medicamento. En el mercado el medicamento cuesta un millón doscientos mil pesos (\$ 1'200.000.00).

Según los documentos que adjunta la demandante, se ordenó que la menor tomara un análogo del GnRH cada 28 días, sugiriéndose LUPRON DEPOT en presentación de 3.75 mg., por un período de 2 ½ años.

La demandante manifiesta carecer de recursos para costear el medicamento. Por tales hechos, interpone acción de tutela en contra de COOMEVA E.P.S.

2. El juez ordenó que se ampliara la demanda y escuchó a la demandante en declaración ante el juzgado. Luego de reiterar los hechos expuestos, se indagó sobre el origen de los recursos familiares. La demandante señaló que sólo trabajaba el compañero, quien es médico en Florencia, con un sueldo de \$ 1'650.000. Señaló que él le enviaba la suma de \$800.000.00, pero que tiene, además de las dos hijas con la demandante, "tres más por fuera", a quienes envía otra suma de dinero (\$300.000.00).

3. Coomeva E.P.S. intervino para explicar su posición. En su defensa, la E.P.S. indicó que no puede, por mandato legal, asumir obligaciones distintas a aquellas preestablecidas en el P.O.S. Por otra parte, considera que no es creíble que la demandante carezca de recursos para cubrir el costo de la droga, máxime si conforme al colegio de abogados, (COALBOS), la tarifa para la presentación de una tutela asciende a \$1'700.000.00

4. El Juez ordenó escuchar al médico Miguel Eduardo Bonilla Fierros. Este, luego de revisar la historia clínica de la menor, indicó que conforme con los exámenes de laboratorio es claro que ella tendría una estatura baja y que los exámenes hormonales (LH, FSH Y ESTADIOL), muestran niveles de una joven de 12 a 13 años, cuando tiene 8. Con ello se diagnostica una pubertad precoz gonadotropino dependiente, que demanda un tratamiento de inhibición del

proceso puberal mediante medicamentos denominados análogos de GnRH. Con ello se disminuyen los factores de riesgo (estatura y factores sexuales), y se reducen los problemas psicológicos que puede acarrear su desarrollo sexual temprano. Señala que no existe riesgo de muerte. Finalmente indica que no existen reemplazos para el medicamento, sino presentaciones de menor concentración.

Sentencia que se revisa.

5. Mediante sentencia del 22 de abril de 2003, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena negó la tutela. En concepto del juzgado, la Corte Constitucional sólo ha protegido el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, si la persona no tiene recursos suficientes para costear el tratamiento. En el presente caso, dados los ingresos del compañero de la demandante, no está probada la incapacidad económica.

Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

6. La Corte Constitucional solicitó al Ministerio de la Protección Social que informara sobre los medicamentos dirigidos a tratar problemas hormonales como los descritos en los hechos del presente caso. El cuestionario incluía preguntas sobre su costo, qué medicamentos se utilizaban, su inclusión o no en el Plan Obligatorio de Salud y las consecuencias de no tratarse el mal.

En una primera respuesta, el Ministerio indicó que ella no era competente para dar respuesta al interrogatorio y que correspondía bien al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o a la Academia Nacional de Medicina responder al mismo. Por lo tanto, la Corte solicitó al Ministerio, en calidad de Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que remitiera la información que soportaba la inclusión o exclusión del mencionado medicamento, además de reiterar las preguntas iniciales.

El Ministerio no envió la documentación requerida por la Corte, y se limitó a remitir a las resoluciones 5261 de 1994 que define el manual que contiene el listado de actividades, procedimientos e intervenciones cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud. Señaló, además, que el P.O.S. no contiene “protocolos o guías obligatorias de atención”, razón por la cual en cada caso el médico tratante deberá prescribir el tratamiento y los medicamentos requeridos por la persona, que serán cubiertos si se hallan incluidos en el POS.

En cuanto a los medicamentos, el Ministerio señaló que se encuentran definidos en el Acuerdo 228 del CNSSS y que si algún medicamento no está incluido en dicho acuerdo, debe acudir al trámite previsto en el mismo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

7. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias de la referencia.

Problema jurídico.

8. Según la demandante, ella carece de recursos para cubrir el costo del medicamento prescrito para atender el mal que padece su hija menor. Demandar que cubra tal costo, bajo tales consideraciones, implica colocar en riesgo el derecho a la salud y la vida de la menor.

La entidad demandada, COOMEVA, señala que no puede brindar atención por fuera de las reglas fijadas por el Estado para el cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud.

El juez de instancia considera que, dado que el padre de la menor percibe ingresos de 1'650.000.00 mensuales, no existe incapacidad económica para atender los males de la menor. Además, señala que el derecho a la salud sólo es fundamental en conexidad con la vida.

9. En el presente caso, la Corte ha de abordar varios problemas distintos. En primera medida, deberá considerar el contenido fundamental del derecho a la salud. Para tal efecto, habrá de analizar si el carácter fundamental se deriva exclusivamente de la conexidad con la vida.

En segundo lugar, considerará la inclusión o no del medicamento dentro del P.O.S. En relación con este punto, la Corte considerará las respuestas brindadas por el Ministerio de la Protección Social.

De otro lado, deberá analizar el argumento expuesto por el juez de instancia sobre los ingresos del compañero de la demandante. La Corte deberá establecer si, para efectos de establecer capacidad económica es suficiente indicar el ingreso de una persona, o si por el contrario es necesario tener en consideración otros factores, derivados de obligaciones

legales -otros hijos-.

Derecho fundamental a la salud.

10. La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud comprende aspectos fundamentales y otros que no revisten dicha calidad. En sentencia T-859 de 2003 esta Corporación indicó que el contenido del PA.B., el P.O.S. y el P.O.S.S. tienen carácter fundamental. También se precisó que con ello no se agota el contenido fundamental del derecho a la salud, pues existen situaciones específicas -protección a la vida o al mínimo vital- que obligan a considerar el carácter fundamental a la salud. Además, se dejó en claro que una vez el Estado ha diseñado un sistema de atención a la salud, el acceso al mismo adquiere carácter fundamental. Lo anterior, sin perjuicio de los contenidos mínimos señalados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas han recalcado la existencia de deberes de protección y respeto por los derechos humanos contenidos en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales. Tales deberes de respeto y protección comprenden elementos prestacionales y no prestacionales. En cuanto a los últimos, que claramente implican la existencia de derechos subjetivos¹, comprenden la adopción de medidas -incluyendo normativas- adecuadas dirigidas a satisfacer las necesidades de salud de la población. Entre los elementos que ha de asegurarse para satisfacer los deberes de protección y respeto, se encuentra garantías de accesibilidad a los servicios, establecimientos y bienes de salud. En la Observación N°14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas precisó el alcance de dichas garantías:

“b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud (6) deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos (7).

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al

alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

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.”

11. Para el presente caso, resulta especialmente relevante la garantía de accesibilidad económica mencionado en el último párrafo transcrito de la Observación N°14. Tal como se desprende de la observación, el Estado tiene la posibilidad de establecer distintos sistemas de financiación del acceso a la salud. Financiación que ha de tener en consideración la capacidad económica de las familias, de suerte que el gasto en salud no se convierta en una “carga desproporcionada”, en particular para las familias pobres.

El actual sistema de salud colombiano, en sus componentes del sistema de seguridad social en salud y la atención a través de la red pública, está dirigido a satisfacer este criterio. Se observa que, en términos generales, quienes tienen ingresos asegurados han de contribuir proporcionalmente al sistema, mientras que la población pobre y carente de ingresos suficientes, son atendidos bajo modalidades subsidiadas.

Con todo, ha de considerarse la situación de acceso a bienes, servicios o establecimientos de salud cuando se demanda que las familias contribuyan directamente a la satisfacción de determinados requerimientos de salud, por estar por fuera del sistema de seguridad social en salud.

Conforme a las reglas que fija las Naciones Unidas, no está prohibido que existan mecanismos de pago compartido. No puede demandarse al sistema que cubra el 100% de las afecciones de salud, sino que es obligatorio que el Estado haga un estudio que, tomando en consideración criterios constitucionalmente admisibles, determine un conjunto de padecimientos que el sistema cubre integralmente. Frente a los casos excluidos, las familias han de participar económicamente en la satisfacción de sus necesidades propias de salud. Sólo de esta manera se garantiza que los recursos existentes permitan una ampliación progresiva (y real) de la cobertura, tanto por el número de familias cobijadas, como por el tipo de males y necesidades de salud cubiertos por el sistema. Ello no implica que esté prohibido un cubrimiento absoluto y total de todas las necesidades de salud, simplemente que ello no es posible de manera inmediata.

12. Garantizar que el acceso a bienes, servicios o establecimientos de salud por fuera del sistema de salud –sea sistema de seguridad social en salud o red pública-, obliga a tomar en consideración los costos que implican para las personas el acceso a los mencionados elementos. Si bien es posible trasladar a las familias una porción del costo del servicio, tal porción ha de ser razonable, habida consideración de los costos de vida y las necesidades derivadas de la vida en sociedad.

Así, acceder a los servicios de salud no puede demandar una erogación tal que se pongan en peligro otros derechos fundamentales de los integrantes de la familia o que supongan sacrificar, en aras de atender a uno de sus miembros, las condiciones de dignidad que merecen los demás integrantes de la familia.

Lo anterior implica que no es posible establecer criterios absolutos sobre el porcentaje que han de sufragar las familias para lograr el acceso a los servicios de recuperación de la salud de sus integrantes. Así, demandar un 50 o 90% del costo de un servicio puede resultar en ocasiones en una erogación exigua para la familia. En otros casos, puede conducir a demandas de pago que desbordan por completo la capacidad de pago de la familia y la colocan en una situación que conduce a la degradación de sus condiciones de vida. Tal demanda, no resulta compatible con la protección que la Constitución obliga a brindar a la familia y a sus miembros.

13. El derecho a la salud ha tenido un tratamiento diferencial en la jurisprudencia de la Corte

Constitucional según se trate de adultos o menores de edad. Tratándose de los últimos, se ha estimado que el derecho a la salud tiene carácter fundamental per se. Ello permitiría pensar que el Estado está en la obligación de suministrar toda la atención de salud que los menores requieren y que cualquier limitación en este punto, en particular por la exclusión de males de los menores en el P.O.S., en el P.A.B. o en el P.O.S.S., implicaría violación de este derecho fundamental.

Conforme se desprende de la sentencia SU-225 de 1998, el carácter fundamental del derecho a la salud de los menores no implica una obligación de atender todo padecimiento de los menores. Implica, eso sí, mayores niveles de justificación de la exclusión o reducción de la cobertura de las necesidades de salud de los mismos. El carácter fundamental, sólo garantiza la procedencia de la tutela.

13.2 La exclusión de la atención de males que afectan de manera global a la población puede estar justificada en diversas razones, que incluyen disponibilidad de los recursos, capacidad tecnológica del sistema, aspectos epidemiológicos, etc. Tratándose de males que aquejan exclusivamente a determinados sectores de la población -sean niños, mujeres, hombres, mayores adultos, grupos raciales o culturales específicos, etc.-, la exclusión de la atención de tales males demanda una prueba, siquiera sumaria, de que la exclusión no se basa en tales factores o, si se trata de tales factores, se encuentren soportados en razones constitucionalmente admisibles.

13.3 En sentencia C-673/01, la Corte señaló la existencia de tres niveles de intensidad en el juicio o test de igualdad. En la misma oportunidad, al igual que en sentencia C-980 de 2002, la Corte indicó que tratándose de clasificaciones no sospechosas pero contenidas en normas no producidas por el legislador, la intensidad del test se incrementaba.

El trato diferencial que se deriva de excluir del sistema de seguridad social en salud la atención a un mal que aqueja a los menores de edad, no supone prima facie, la utilización de alguna de las cláusulas sospechosas definidas en el artículo 13 de la Constitución. Antes bien, dada la naturaleza del asunto objeto de regulación, cae dentro de parámetros que el mismo constituyente ha definido son de competencia del legislador y que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación (Sentencias SU-111 de 1997 y T-859 de 2003), demandan una evaluación por parte del legislador a partir de lo jurídica y fácticamente posible. Entraña,

en este orden de ideas, una decisión sobre cuestiones económicas.

Lo anterior implicaría que el juicio de igualdad en esta materia se sujetaría a un test débil, conforme se precisó en la sentencia C-673 de 2001. Empero, en dicha ocasión, como ya se indicó, se fijó como regla que si se trataba de una decisión no legislativa el test se incrementaba. Con todo, en la mencionada sentencia, se indicó que el juicio intenso operaba además cuando “2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas”.

13.4 Lo anterior debería llevar a la conclusión de que el juicio de igualdad en esta materia, debería ser intenso, pues para la Corte Constitucional los niños caben en la mencionada categoría de personas en condiciones de debilidad manifiesta y, además, corresponden a un grupo que, por definición, carece de “acceso efectivo a la toma de decisiones”. Sin embargo, en punto al sistema de salud, es necesario tener presente diversas situaciones que inciden en el anterior análisis. Así, debe admitirse que es distinta la situación de la absoluta desatención de los menores, que exige un juicio estricto, de exclusiones parciales de la atención a los males de los menores. En el primer caso, prima facie, no existe justificación alguna, en el sentido de una decisión tomada sobre la base de parámetros objetivos, que sustenten la exclusión. En el segundo caso, prima facie, ha de suponerse que tales parámetros existen, tal como lo manda la Ley 100 de 1993.

Conforme a lo anterior, existiendo una decisión previa, que define una exclusión parcial del sistema de seguridad social en salud, el juicio de igualdad sobre dicha exclusión, refiriéndose exclusivamente a los menores, está sujeta a un juicio intermedio de igualdad. En sentencia C-980 de 2002 la Corte señaló que este grado de intensidad “supone tres pasos analíticos con los siguiente parámetros de juicio en cada uno de ellos: (i) establecer si el fin buscado por la norma acusada es, por lo menos, importante constitucionalmente; (ii) establecer si el medio elegido no está prohibido; y (iii) determinar si el medio escogido es efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto.2”.

El juicio de igualdad y las respuestas del Ministerio de Protección Social.

14. En la sección de antecedentes de la presente sentencia se indicó que se solicitó al Ministerio de la Protección Social que, en calidad de secretaría técnica del Consejo de

Seguridad Social en Salud, remitiera la documentación técnica que soportaba la exclusión del medicamento ordenado para atender a la menor. El Ministerio nunca remitió dicha información y se limitó a remitir al juez constitucional a las normas que definen el contenido del plan obligatorio de salud-manual de medicamentos.

15. Los documentos técnicos en cuestión constituyen la herramienta a partir del cual se puede establecer si la diferenciación –consistente en exclusión de ciertos medicamentos para atender un mal de menores (pubertad precoz)- está constitucionalmente justificada.

La negativa del Ministerio de la Protección Social de remitir tales documentos, además de constituir una negativa a dar cumplimiento a una orden judicial (y, por lo tanto deberá ser objeto de investigación), implica que no existen razones para suponer que la diferenciación está soportada en la persecución de un fin constitucionalmente válido. No existen elementos de juicio que permitan inferir que en el estado actual del sistema de seguridad social en salud éste no está en capacidad de soportar –sean razones técnicas, económicas o epidemiológicas-, el suministro del medicamento ordenado por el médico tratante de la menor.

15.1 La Corte debe advertir que tratándose de asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración, sujeto a condiciones precisas definidas en la ley (art. 162 de la Ley 100 de 1993), la etapa inicial del juicio de igualdad se supera a partir de pruebas que demuestren plenamente que la decisión de trato diferencial se apoya en los mencionados criterios o condiciones.

15.2 La ausencia en el presente caso de pruebas, que fueron solicitadas oportunamente, obligan a la Corte Constitucional a declarar que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dictó un régimen de atención de los menores que, en punto a la atención de los males relacionados con la pubertad precoz, resulta discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad de los menores cubiertos por el sistema.

16. Como consecuencia del carácter discriminatorio del sistema, corresponde al juez constitucional ordenar la exclusión de la medida discriminatoria. En el presente caso ello implica inaplicar la exclusión (expresa o implícita) contenida en el Acuerdo 228 de 2002 sobre el medicamento LEPRON DEPOT y, a partir de este fallo, entenderlo incluido en el manual de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

Por lo mismo, E.P.S. COOMEVA deberá suministrar el medicamento en las condiciones ordinarias en que se entregan los medicamentos incluidos en el mencionado plan. Por lo mismo, no se ordenará que el FOSYGA cubra el diferencial, pues no se trata de un medicamento excluido. E.P.S. COOMEVA, con todo, si lo considera pertinente, podrá solicitar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la revisión de los aspectos financieros alterados por esta decisión.

Prueba de capacidad económica.

17. El juez de instancia consideró que la demandante no se encontraba en una situación de incapacidad económica, habida consideración de que su compañero permanente tenía un ingreso de \$ 1'650.000.oo.

En principio el argumento del juez aparece razonable, pues se trata de un ingreso superior en varias veces al salario mínimo y que, en principio, le permitiría sufragar los gastos mensuales del medicamento (\$600.000.oo mensuales).

Sin embargo, el juez no tuvo en consideración otros elementos de juicio que tornan su argumento en inadmisibles. Según manifestó la demandante, el compañero permanente no reside con ella, sino en la ciudad de Florencia. También indicó que tiene otras obligaciones alimentarias, razón por la cual sólo le entrega la suma mensual de \$ 800.000.oo.

18. La existencia de otras obligaciones alimentarias a cargo del compañero permanente de la demandante obliga a ponderar la capacidad de pago del mismo. El juez ha debido analizar si tales obligaciones implicaban la imposibilidad o no del compañero para asumir el monto exigido por la E.P.S. En términos numéricos, y sin considerar la existencia de otras menores, todo indica que tal posibilidad existe. Sin embargo, tenía la obligación de establecer si las otras erogaciones sumado al costo del medicamento implicaba o no una carga de tal magnitud que llevaría a la afectación de los derechos del compañero (presumiblemente padre de las menores) o de los derechos de las otras menores.

Falta, en este orden de ideas, una argumentación suficiente y, por lo mismo, resulta inadmisibles.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.-Levantar la suspensión de términos en el presente proceso.

Segundo. REVOCAR el fallo del Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena, 22 del abril de 2003, en el cual se negó la tutela, y en su lugar CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la Salud de la menor Chabelis del Carmen Padilla Alfaro.

Tercero- ORDENAR a SALUD COOMEVA E.P.S. que, a partir de la notificación de la presente sentencia, suministre el medicamento ordenado por el médico tratante para atender el mal diagnosticado -Pubertad precoz- sin exclusión alguna de medicamentos.

Cuarto.- ORDENAR que por secretaría general se remita copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación a fin de que se investigue la conducta de los funcionarios del Ministerio de la Protección Social en relación con las respuestas dadas a los requerimientos de la Corte Constitucional.

Quinto.- Por Secretaría, 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.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

1 En sentencia T-227 de 2003 la Corte estableció que este elemento constituye un factor determinante para la consideración de un derecho constitucional como fundamental.

2 El test de igualdad con un grado de intensidad intermedio ha sido empleado en la jurisprudencia constitucional, entre otros casos, en la sentencia T-360/02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) para determinar si se discriminaba a las personas de edad avanzada al establecer una edad límite para tener la posibilidad de adoptar.