

DERECHO A LA ALIMENTACION EQUILIBRADA DE BEBE

El artículo 44 de la Carta también establece que la alimentación equilibrada de los niños constituye un derecho fundamental, lo cual se explica en virtud de la importancia que para el desarrollo psicofísico de toda persona supone una adecuada nutrición durante sus primeros años, puesto que ella se proyectará lo largo de toda la vida. Conviene entonces tener presente que “del niño que hoy es desprovisto de sus derechos fundamentales no cabe esperar el ser integral y libre del mañana”. Adicionalmente, es preciso señalar que en el caso de los menores de un año existe una protección aún más reforzada en virtud del artículo 50 de la Constitución, que reconoce la eficacia directa del derecho a la seguridad social, ya sea a cargo de las instituciones del sistema, o bien por todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado si los menores no están amparados por ningún régimen de protección específico.

DERECHO A LA SALUD DE BEBE/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE BEBE

Es evidente que los derechos a la salud, a la seguridad social y a la alimentación equilibrada de los niños, como sujetos de especial protección que son, tienen un claro reconocimiento constitucional como derechos de rango superior amparables mediante tutela cuando quiera que se vean amenazados o afectados por una acción u omisión externa.

DERECHO A LA ALIMENTACION EQUILIBRADA DE BEBE-Suministro de tipo especial de leche que constituye un elemento vital

Las instituciones del sistema de seguridad social encargadas de prestar el servicio de salud tienen la obligación constitucional de obrar con la mayor diligencia para garantizar al niño la asistencia que llegare a ser necesaria para el restablecimiento de su salud. Así, cuando un medico tratante prescribe un tipo especial de leche a los menores de un año no puede considerarse un simple complemento nutricional sino que, por tratarse de la base de su alimentación, constituye un medicamento vital. No de otra manera puede entenderse que su prescripción haya sido hecha directamente por un galeno. Al margen de las controversias administrativas o contractuales que legítimamente pudieran surgir, no hay excusa para eludir su entrega y comprometer con ello la propia vida de un menor.

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Suministro de tipo especial de leche por IPS

A la luz del principio de continuidad en la prestación del servicio la entidad que ha venido brindando la atención médico asistencial a un menor de edad, afiliado como beneficiario al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede suspender el servicio o negarse a suministrar un medicamento que ha sido prescrito por el galeno tratante. Sin embargo, ello no significa que la IPS deba asumir aquellos costos que no se hayan acordado en el contrato suscrito con la entidad encargada de administrar los recursos del Fondo, ante quien puede reclamar dicho pago si hubiere lugar. La Corte considera que en aras del principio de continuidad en la prestación del servicio y dada la urgencia del caso, COMSALUD tenía la obligación de suministrar la leche ordenada para luego, si lo consideraba oportuno, repetir ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por los sobrecostos asumidos. Lo que no podía era comprometer los derechos fundamentales de la niña con argumentos de carácter administrativo o contractual. Se ordenará a COMSALUD I.P.S. que, en el evento en que aún fuere necesario a pesar del tiempo transcurrido desde la presentación de la acción de tutela, entregue a la menor la leche NAN NH de acuerdo con las prescripciones y durante el tiempo que disponga su médico tratante. De la misma forma prevendrá a la entidad para que se abstenga de incurrir en conductas como la ahora reprochada que puedan comprometer la vida e integridad de sus afiliados y particularmente de los menores de edad.

DERECHO A LA ALIMENTACION EQUILIBRADA DE BEBE-Suministro de tipo especial de leche no puede asimilarse a complemento nutricional

Para los menores de un año el suministro de un tipo especial de leche no puede asimilarse a un complemento nutricional sino que constituye la base de su alimentación (cuando no el único alimento), cuya ausencia compromete en alto grado la alimentación equilibrada y la vida misma del niño. En el caso de la Leche NAN NH que fue prescrita, su naturaleza de complemento nutricional cambia radicalmente teniendo en cuenta las condiciones y el estado de salud de la menor, por lo que se trata ahora de un medicamento vital. Por otra parte, tampoco es de recibo el argumento según el cual no existe absoluta certeza sobre la necesidad del medicamento. En efecto, en el expediente reposa la correspondiente fórmula suscrita por el médico tratante donde se ordena su suministro. Aquí no puede perderse de

vista que para la época en que fue interpuesta la solicitud de tutela la niña se encontraba hospitalizada, precisamente en razón a su delicado estado de salud. Otra cosa es que aún no se conociera la reacción que podía desencadenar el medicamento, pero para ello era preciso suministrarlo de acuerdo con las prescripciones de quien dirigía el tratamiento.

SENTENCIA DE TUTELA-Incumplimiento del término para remisión a la Corte Constitucional

La Corte no puede pasar inadvertido el hecho de que el expediente haya sido remitido para su eventual revisión luego de transcurrido más de un año y cuatro meses de proferida la sentencia de única instancia, con lo cual la protección de los derechos de la menor se vio frustrada o al menos prolongada durante un considerable periodo de tiempo. Debido a ello ordenará que por Secretaría General de esta Corporación se envíe copia del expediente al Consejo Seccional de la Judicatura de Popayán para que, dentro de la órbita de su competencia y si lo estima pertinente, adelante las investigaciones a que hubiere lugar. Sobre lo anterior es preciso recordar que, en armonía con el artículo 86 de la Constitución, los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 disponen que la remisión de las decisiones de tutela para su eventual revisión debe hacerse al día siguiente de su ejecutoria, si no es impugnada, o dentro de los diez (10) días siguientes a la misma cuando se presenta impugnación.

Acción de tutela instaurada por Emilia Lucía López Pizo, en representación de su hija Lina Marcela Loaiza López, contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y COMSALUD I.P.S.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro de la acción de tutela promovida por Emilia Lucía López Pizo contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y COMSALUD I.P.S.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Mediante escrito presentado el 25 de abril de 2003 la señora Emilia Lucía López Pizo, obrando en representación de su hija Lina Marcela Loaiza López, interpuso acción de tutela contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y COMSALUD I.P.S.

La peticionaria comenta que está afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que su hija es beneficiaria de pleno derecho para recibir los servicios de atención en salud, los cuales son brindados a través de la IPS COMSALUD.

Explica que el médico tratante de su hija le formuló seis (6) tarros de LECHE NAN HA, pero que la institución prestadora de salud se niega a suministrar alegando que no están incluidos en el POS. A su parecer, la negativa a entregar el medicamento amenaza los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud de su hija, motivo por el cual solicita se ordene el suministro de la referida leche en las condiciones dispuestas por el pediatra.

De acuerdo con la información que reposa en el expediente,¹ para la fecha en que fue presentada la acción de tutela Lina Marcela Loaiza López tenía 6 meses y 15 días de vida (nació el 9 de octubre de 2002) y se encontraba hospitalizada.²

2. Respuesta de COMSALUD I.P.S.

2.1- El doctor Roosevelt Antonio Vanegas, médico auditor de COMSALUD, reconoce que la señora Emilia Lucía López tiene como beneficiaria afiliada a Lina Marcela Loaiza López, quien recibe los servicios de salud a través de esa entidad. De la misma forma explica que el pediatra que ha atendido a la menor le formuló leche NAN HA, pero que no se trata de un medicamento sino de un complemento nutricional cuyo suministro está excluido del contrato suscrito con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

“(…) Efectivamente asistí en consulta a la menor LINA MARCELA LOAIZA, a quien se le formuló leche NAN HA por presentar posible diarrea alérgica (gastro-pediatría) se hizo una colonoscopia y biopsia de colon que no demostró cuadro alérgico pero sí inflamatorio. La niña actualmente está hospitalizada por problemas infecciosos, y según el cuadro presentado no se puede definir en que (sic) la menor pueda o no consumir la leche NAN HA, esto ya se determinaría bajo criterio médico una vez se hayan agotado todos los exámenes médicos indispensables”

3. Pruebas

Del material probatorio allegado al expediente la Sala destaca los siguientes documentos:

* Fórmula médica de COMSALUD IPS, fechada del 8 de abril de 2003 y suscrita por el doctor Diego Velasco López, en la que se prescribe a la niña Lina Marcela Loaiza López seis (6) tarros de leche NAN HA (folio 3 del cuaderno principal).

* Fotocopia del Registro Civil de Nacimiento de Lina Marcela Loaiza López (folio 1 del cuaderno principal).

* Declaración rendida ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán por el médico Diego Velasco López, quien atendió a la menor (folio 2 53-54 del Cuaderno principal).

* Fotocopia del historial clínico de la niña Lina Marcela Loaiza López (folios 23-41 del cuaderno principal).

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Por sentencia del 16 de mayo de 2003 el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán negó el amparo solicitado. Considera que si bien es cierto que la leche constituye un elemento básico para los menores en sus primeros años de vida, el deber de velar por su alimentación corresponde a los padres y sólo ante la carencia de recursos habría lugar a la asistencia social. Así mismo, advierte que según la declaración del pediatra no se ha llegado a una conclusión cierta sobre la necesidad de la lecha prescrita ni sobre la patología que presenta la menor, quien además ya superó los seis (6) meses de edad, todo lo cual hace

improcedente la tutela.

La Sala considera oportuno anotar que el proceso fue remitido a la Corte Constitucional el día 25 de septiembre de 2004, luego de más de un año y cuatro meses (folio 65 del cuaderno principal) y recibido en la Secretaría General de la Corte el siete (7) de octubre del año anterior.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

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

2. Planteamiento del caso y problema jurídico objeto de estudio.

En el asunto sometido a revisión COMSALUD I.P.S. se niega a suministrar a la niña Lina Marcela Loaiza López la leche NAN HA que fue ordenada por su médico, alegando que su entrega está excluida en el contrato celebrado con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que en todo caso se trata de un complemento nutricional. El juez de instancia comparte los argumentos y advierte que no es clara la necesidad de la leche prescrita, motivo por el cual niega el amparo.

Visto lo anterior, la Corte debe responder el siguiente interrogante: ¿Cuándo una entidad es encargada de brindar atención en salud a un menor de un año y se niega a suministrar un tipo especial de leche ordenada por el médico tratante adscrito a la entidad, por considerarla un complemento nutricional cuya entrega no está autorizada, vulnera o amenaza los derechos fundamentales del menor?

Para dilucidar la cuestión la Sala (i) comenzará por recordar el alcance del derecho a la salud, la seguridad social y la alimentación equilibrada en el caso de los niños y específicamente de los menores de un año; (ii) estudiará luego el tema de la continuidad en la prestación del servicio de salud para, finalmente, (iii) detenerse en el estudio del caso sometido a revisión.

3.- La salud, la seguridad social y la alimentación equilibrada como derechos fundamentales de los niños.

3.1.- De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución, la salud y la seguridad social son algunos de los derechos fundamentales de los menores de edad y en esa medida son susceptibles de protección por vía de tutela. Así lo reconoce expresamente la norma³ y lo ha explicado de manera constante la jurisprudencia de esta Corporación.⁴ Por ejemplo, en la sentencia T-557 de 2003, MP. Clara Inés Vargas, reafirmando la postura de sentencias precedentes la Corte recordó que:

“(...) el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida, es un derecho fundamental prevalente y por tanto de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. Por tal motivo el Estado tiene, en desarrollo de la función protectora que le es esencial y dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños, elevado constitucionalmente a la condición de derecho fundamental por el artículo 44 de la Constitución Política.”

Sobre la hermenéutica del artículo 44 Superior, en la Sentencia C-1064 de 2000 la Corte explicó lo siguiente:

“La definición que en esa norma se adopta de los derechos de los menores como de naturaleza fundamental, debe entenderse como el resultado de la incorporación de ese principio del interés supremo del menor en el orden constitucional, el cual no sólo configura un énfasis materializado para garantizar su eficacia⁵ sino también como parte de la estructura del sistema normativo, pues se incluye como un precepto “en el punto más alto de la escala axiológica contenida en el texto constitucional”⁶ que guía la interpretación y definición de otros derechos.”

3.2.- Pero además, el artículo 44 de la Carta también establece que la alimentación equilibrada de los niños constituye un derecho fundamental, lo cual se explica en virtud de la importancia que para el desarrollo psicofísico de toda persona supone una adecuada nutrición durante sus primeros años, puesto que ella se proyectará lo largo de toda la vida. Conviene entonces tener presente que “del niño que hoy es desprovisto de sus derechos fundamentales no cabe esperar el ser integral y libre del mañana”.⁷

Adicionalmente, es preciso señalar que en el caso de los menores de un año existe una protección aún más reforzada en virtud del artículo 50 de la Constitución, que reconoce la eficacia directa del derecho a la seguridad social, ya sea a cargo de las instituciones del sistema, o bien por todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado si los menores no están amparados por ningún régimen de protección específico.⁸ La Corte ya ha tenido ocasión para pronunciarse en este sentido explicando lo siguiente:

“2. De este modo, cuando se está ante un derecho de los previstos en el artículo 44 de la Carta o ante el derecho a la seguridad social de un niño menor de un año no cubierto por algún tipo de seguridad social, la vulneración o la puesta en peligro de tal derecho hace procedente el amparo constitucional pues la falta de desarrollo legal o de reglamentación administrativa, la limitada cobertura del sistema de seguridad social implementado, los límites configurados por instancias del poder público distintas al constituyente, no son argumentos suficientes para dejar sin protección un derecho que el Texto Superior ha consagrado como de aplicación inmediata.

Ello es así en cuanto, a partir de secuencias argumentativas o de ámbitos normativos elaborados desde la legislación o desde la administración, no puede desconocerse el carácter fundamental y la vigencia inmediata que el constituyente ha previsto para determinados derechos pues, de ser así, se les estaría reconociendo a los poderes públicos la facultad de trastocar la naturaleza jurídica de los derechos de tal manera que el reconocimiento de su naturaleza de fundamentales quedaría supeditado al ejercicio de una discrecionalidad de la que los poderes constituidos no pueden ser titulares sin resquebrajar la mínima racionalidad del Estado constitucional.

Con base en esos fundamentos constitucionales, la Corte ha elaborado una uniforme doctrina que reconoce la viabilidad del amparo constitucional cuando se está ante graves vulneraciones o puestas en peligro de los derechos fundamentales de los menores. Ello no podía ser de otra manera pues en esos eventos, la acción de tutela procede como un resorte estatal que remueve los obstáculos que impiden o dificultan la realización de los derechos fundamentales de que son titulares los menores de edad, remoción que guarda absoluta correspondencia con el carácter prevalente de sus derechos.”⁹

3.3. Bajo estas premisas es evidente que los derechos a la salud, a la seguridad social y a la

alimentación equilibrada de los niños, como sujetos de especial protección que son, tienen un claro reconocimiento constitucional como derechos de rango superior amparables mediante tutela cuando quiera que se vean amenazados o afectados por una acción u omisión externa.

4.- El suministro de un tipo especial de leche, en el caso de niños menores de un año, no puede considerarse un complemento nutricional sino que es la base de su alimentación y en esa medida constituye un elemento vital.

Como es sabido, la alimentación de un recién nacido no es otra que la leche materna. Y continúa siendo la base de su nutrición mientras su organismo evoluciona y es capaz de asimilar otro tipo de alimentos. Pero cuando por alguna circunstancia el menor no puede recibirla, gracias a los avances de la ciencia y la medicina hay otros tipos especiales de leche que de alguna manera permiten suplir esa carencia sin causar los traumatismos de otras épocas, cuando las madres se veían obligadas incluso a separarse de sus hijos para evitar la muerte de los infantes, como lo recordó la Corte en reciente sentencia:

“(…) Tal era el caso de las madres de la clase trabajadoras parisina durante el siglo XIX. En esta época, como la leche pasteurizada aún no existía, los niños debían ser alimentados necesariamente con leche materna, pues de lo contrario no sobrevivían. Las madres trabajadoras enfrentaban el siguiente dilema, o renunciaban al trabajo y amamantaban sus hijos a costa de disminuir en gran medida sus ingresos o los enviaban a unas casas afuera de París en donde serían amamantados por nodrizas. Aproximadamente 20.000 niños eran enviados por año, pese a la certeza que de cada tres niños, uno no regresaría.¹⁰ Para estas madres lo difícil en aquel momento era tomar la decisión de quedarse con sus hijos y no entregarlos, pues la presión que el entorno ejercía sobre ellas era en este último sentido. Por eso, es difícil considerar que las respuestas que den las madres a estos dilemas de si conservan o no a sus hijos puedan hacerse individualmente, por fuera del contexto cultural, histórico, social y económico en que la mujer se encuentre”. ¹¹

En estos eventos las instituciones del sistema de seguridad social encargadas de prestar el servicio de salud tienen la obligación constitucional de obrar con la mayor diligencia para garantizar al niño la asistencia que llegare a ser necesaria para el restablecimiento de su salud. Así, cuando un médico tratante prescribe un tipo especial de leche a los menores de

un año no puede considerarse un simple complemento nutricional sino que, por tratarse de la base de su alimentación, constituye un medicamento vital. No de otra manera puede entenderse que su prescripción haya sido hecha directamente por un galeno. Al margen de las controversias administrativas o contractuales que legítimamente pudieran surgir, no hay excusa para eludir su entrega y comprometer con ello la propia vida de un menor.

A lo sumo, la pregunta que podría surgir es quién tiene la obligación de suministrar ese medicamento. No obstante, como se explica en seguida, el principio de continuidad en la prestación del servicio y la necesidad de asegurar una atención inmediata implican que sea la entidad que ha brindado atención en salud la que se haga cargo del suministro de la medicina (no complemento nutricional), sin perjuicio de la potestad de reclamar luego el pago de erogaciones extrañas al contrato suscrito.

5.- La continuidad en la prestación del servicio de atención en salud.

De tiempo atrás la Corte ha explicado que el principio de eficiencia al que está sujeto el sistema de seguridad social comprende la continuidad en la prestación del servicio de atención en salud. Por ejemplo, en la sentencia SU-562 de 1999 esta Corporación precisó:¹²

“Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna”¹³. Y, a renglón seguido repite: “.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad”¹⁴. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: “... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”.¹⁵ Jean Rivero¹⁶

reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado “garantizar la efectividad de los principios”.

La anterior postura ha venido siendo desarrollada y reafirmada en posteriores pronunciamientos. Valga a manera de ejemplo la Sentencia T-179 de 2000, en cuya oportunidad la Corte consideró que “si un menor de edad es beneficiario, en su calidad de hijo de un trabajador subordinado, y tiene el derecho a la atención integral de salud, y éste se le principia a prestar, tiene derecho a la continuidad del servicio, siempre y cuando no aparezca razón constitucional válida para suspenderlo o que el médico tratante lo determine”.¹⁷

Posteriormente, en la sentencia T-170 de 2002 la Corte explicó que la interrupción del servicio no es constitucionalmente válida cuando la EPS alega, entre otras razones: (i) que la persona encargada de hacer los aportes dejó de hacerlo, (ii) que el paciente dejó de estar inscrito en la EPS debido a su desvinculación laboral, (iii) que se perdió la calidad de beneficiario, (iv) que revisado el asunto la EPS estime que la persona no tenía las calidades para recibir el servicio, (iv) que ante un cambio de EPS no se han reanudado los aportes y, (v) que el medicamento no se haya suministrado a pesar de hacer parte de un tratamiento.¹⁸

Así mismo, en una decisión más reciente, la Sentencia T-1210 de 2003, la Corte puntualizó que “la protección efectiva de estos derechos fundamentales [vida e integridad] lleva al juez de tutela a impedir que por controversias de índole contractual, económico o administrativo, se permita a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.”¹⁹

Para la Sala es claro que las anteriores consideraciones son plenamente aplicables en el caso del servicio de seguridad social en salud que se presta a los docentes o su beneficiarios, quienes por mandato legal deben estar afiliados en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 y entre cuyas funciones está la de

garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales del personal docente (artículo 5).²⁰ Si bien es cierto que en la mayoría de los casos la jurisprudencia se ha referido al principio de continuidad en el régimen general de seguridad social de la Ley 100 de 1993, también lo es que se trata de un principio que tiene fundamento constitucional (art. 49) y en esa medida sus consideraciones son extensivas a cualquier régimen especial, como ocurre precisamente en el caso de los docentes.²¹

6.- Caso concreto

En el asunto sometido a revisión COMSALUD IPS se niega a suministrar a la pequeña Lina Marcela Loaiza López la leche NAN HA que le fue prescrita por su médico tratante. Los argumentos para abstenerse a la entrega son tres: (i) que se trata de un complemento nutricional, (ii) que no es clara la necesidad de la leche y (iii) que en todo caso su entrega está excluida del contrato suscrito con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No obstante, para la Corte ninguna de las anteriores razones constituye una excusa válida y por el contrario es necesario proceder a su entrega inmediata.

De una parte, ya fue explicado que para los menores de un año el suministro de un tipo especial de leche no puede asimilarse a un complemento nutricional sino que constituye la base de su alimentación (cuando no el único alimento), cuya ausencia compromete en alto grado la alimentación equilibrada y la vida misma del niño. En el caso de la Leche NAN NH que fue prescrita, su naturaleza de complemento nutricional cambia radicalmente teniendo en cuenta las condiciones y el estado de salud de la menor, por lo que se trata ahora de un medicamento vital.

Por otra parte, tampoco es de recibo el argumento según el cual no existe absoluta certeza sobre la necesidad del medicamento. En efecto, en el expediente reposa la correspondiente fórmula suscrita por el médico tratante donde se ordena su suministro. Aquí no puede perderse de vista que para la época en que fue interpuesta la solicitud de tutela la niña se encontraba hospitalizada, precisamente en razón a su delicado estado de salud. Otra cosa es que aún no se conociera la reacción que podía desencadenar el medicamento, pero para ello era preciso suministrarlo de acuerdo con las prescripciones de quien dirigía el tratamiento.

Finalmente, la Corte considera que en aras del principio de continuidad en la prestación del servicio y dada la urgencia del caso, COMSALUD tenía la obligación de suministrar la leche

ordenada para luego, si lo consideraba oportuno, repetir ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por los sobrecostos asumidos. Lo que no podía era comprometer los derechos fundamentales de la niña con argumentos de carácter administrativo o contractual.

En este orden de ideas, la Corte revocará el fallo dictado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán y en su lugar concederá la tutela de los derechos a la vida, la seguridad social, la salud y la alimentación equilibrada de Lina Marcela Loaiza López. En consecuencia ordenará a COMSALUD I.P.S. que, en el evento en que aún fuere necesario a pesar del tiempo transcurrido desde la presentación de la acción de tutela, entregue a la menor la leche NAN NH de acuerdo con las prescripciones y durante el tiempo que disponga su médico tratante. De la misma forma prevendrá a la entidad para que se abstenga de incurrir en conductas como la ahora reprochada que puedan comprometer la vida e integridad de sus afiliados y particularmente de los menores de edad.

La Corte no puede pasar inadvertido el hecho de que el expediente haya sido remitido para su eventual revisión luego de transcurrido más de un año y cuatro meses de proferida la sentencia de única instancia, con lo cual la protección de los derechos de la menor se vio frustrada o al menos prolongada durante un considerable periodo de tiempo. Debido a ello ordenará que por Secretaría General de esta Corporación se envíe copia del expediente al Consejo Seccional de la Judicatura de Popayán para que, dentro de la órbita de su competencia y si lo estima pertinente, adelante las investigaciones a que hubiere lugar.

Sobre lo anterior es preciso recordar que, en armonía con el artículo 86 de la Constitución, los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 disponen que la remisión de las decisiones de tutela para su eventual revisión debe hacerse al día siguiente de su ejecutoria, si no es impugnada, o dentro de los diez (10) días siguientes a la misma cuando se presenta impugnación.

Teniendo en cuenta que el material allegado al expediente no ofrece los elementos de juicio suficientes para definir con absoluta claridad si COMSALUD IPS puede repetir contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que además se trata de una controversia que no compromete ningún derecho fundamental, la Sala se abstendrá de analizar esa cuestión sin perjuicio de la posibilidad que tiene la empresa para acudir a otras instancia para dirimir

eventuales controversias.

I. DECISIÓN.

En mérito 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.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán en el asunto de la referencia. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos a la vida, seguridad social, salud y alimentación equilibrada de la menor Lina Marcela Loaiza López.

Segundo.- ORDENAR a COMSALUD I.P.S. que, en el evento en que aún fuere necesario a pesar del tiempo transcurrido desde la presentación de la acción de tutela, suministre a la menor Lina Marcela Loaiza López la leche NAN NH de acuerdo con las prescripciones y durante el tiempo que disponga su médico tratante, lo cual deberá cumplirse en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia.

Tercero.- PREVENIR a COMSALUD I.P.S. para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en conductas como la reprochada en esta oportunidad, que puedan comprometer la vida e integridad de sus afiliados y particularmente de los menores de edad.

Cuarto.- Por Secretaría General remítase copia del expediente al Consejo Seccional de la Judicatura de Popayán para que, dentro de la órbita de su competencia y si lo estima pertinente, adelante las investigaciones a que hubiere lugar.

Quinto.- Por Secretaría General 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.

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 A folio 1 del cuaderno original reposa copia del registro civil de nacimiento de la menor.

2 Folios 53 y 54 del cuaderno original.

3 “Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (Subrayado fuera de texto)

4 Cfr, las Sentencias T-165 de 1995, T-75 de 1996, SU-819 de 1999, T-153 de 2000, T-355 de 2001, T-1265 de 2001, T-1220 de 2001, T-667 de 2002 y T-1018 de 2002 y T-322 de 2004, entre muchas otras.

5 Sentencia T-124 de 1994.

6 Sentencia C-544 de 1992

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

8 “Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

9 Sentencia T-1265 de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño. La Corte concedió el amparo a un niño de 9 meses de edad, que requería una cirugía de herniotomía inguinal bilateral pero a quien la Dirección Seccional de Salud de Antioquia le negaba el servicio porque no había sido encuestado, clasificado e identificado en el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN).

10 Sanger, Carol. Separating from children. Op. cit.

11 En la sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda, la Corte analizó el caso de una madre que se vio obligada a entregar a su hijo en adopción, pero que luego de superar algunos de sus más apremiantes problemas económicos quiso recuperarlo. El amparo fue concedido.

12 La Corte concedió el amparo invocado por algunos trabajadores contra el Seguro Social, quien suspendió la atención en salud debido a la mora de sus empleadores en el pago de los aportes.

13 Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

14 Ib. p. 66

16 Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss

17 La Corte otorgó la tutela a favor de algunos menores discapacitados que dejaron de recibir la atención especializada que requerían, porque la E.P.S. suspendió repentinamente los contratos con las instituciones de salud que brindaban el servicio, pues encontró que esa decisión comprometía en alto grado sus derechos fundamentales.

18 En aquella oportunidad la Corte ordenó a Salud Colpatria EPS suministrar el medicamento que venía entregando a una afiliada pero que súbitamente dejó de entregar aduciendo su exclusión del POS, pues consideró que el principio de continuidad en la prestación del servicio no permitía este tipo de conductas.

19 La Corte ordenó reanudar algunos tratamientos que habían sido suspendidos a un menor de edad y a un adulto que requerían atención médica urgente.

20 El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue concebido “como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital” (artículo 3 de la Ley 91 de 1989). Actualmente sus recursos son administrados por la Fiduciaria LA PREVISORA. Al respecto ver la sentencia T-348 de 1997.

21 Cabe recordar que por mandato del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 los afiliados al mencionado fondo están excluidos del sistema general de seguridad social.