

Sentencia T-344/06

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Protección especial

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

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Suministro de elementos, medicamentos y tratamientos por EPS a menor con enfermedad de Guillian Barré

Referencia: expediente T-1296976

Acción de tutela instaurada por Diana Marcela Ñustes Medina en representación de su hijo Andrés Felipe Cruz Ñustes contra la E.P.S. Famisanar

Procedencia: Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, cuatro (4) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Segunda (2a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Setenta Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Diana Marcela Ñustes Medina en representación de su hijo Andrés Felipe Cruz Ñustes, contra la E.P.S. Famisanar.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

### I. ANTECEDENTES.

La actora instauró acción de tutela el día treinta (30) de noviembre de 2005 ante los juzgados civiles municipales de Bogotá (reparto) contra la E.P.S. Famisanar, por considerar

que la negativa de esa entidad a suministrar los implementos necesarios para el tratamiento de su hijo, está vulnerando sus derechos fundamentales. Los hechos expuestos en el escrito de tutela se resumen así:

#### A. Hechos

El menor Andrés Felipe Cruz Nustes, se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiario, a través de la E.P.S. Famisanar, desde el mes de septiembre de 2003.

En octubre de 2005, ingresó a la Clínica Infantil Colsubsidio, donde le fue diagnosticado SÍNDROME DE GULLIAN BARRÉ<sup>1</sup>. Permaneció hospitalizado durante veinticinco días luego de los cuales fue trasladado al Roosevelt Instituto de Ortopedia Infantil para continuar su tratamiento.

En la actualidad continúa padeciendo el síndrome de GULLIAN BARRÉ, lo que le genera EDA viral, neumonía y desplome nutricional.

De acuerdo a la actora, el 23 de noviembre de 2005, la doctora Paola Ximena Márquez formuló PEDIASURE TARRO con el fin de complementar la nutrición del menor Andrés Felipe y contrarrestar así, su desplome nutricional. El menor también requiere para su terapia de PARCHES DUODERM así como del uso de GUANTES y GASAS ESTERILIZADAS para su limpieza, y en un futuro requerirá TERAPIAS FÍSICAS, APARATOS ORTOPÉDICOS y ATENCIÓN DOMICILIARIA.

La EPS Famisanar no ha suministrado ninguno de estos implementos, necesarios para el cuidado y el restablecimiento del estado de salud del niño, puesto que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud y sus padres afirman no tener la capacidad económica para sufragar su costo, ya que el señor William Fernando Cruz, padre del menor, devenga un salario mínimo mensual y la madre debido a la enfermedad, renunció a su trabajo para cuidarlo.

#### B. Pretensiones y derechos presuntamente vulnerados

La actora considera que la EPS Famisanar al no suministrar el suplemento alimenticio y los implementos requeridos para el cuidado de su hijo, vulnera ostensiblemente sus derechos fundamentales a la vida digna a la seguridad social y a la salud del menor.

En consecuencia, solicita se ordene a la EPS Famisanar, que suministre todos los elementos necesarios para el tratamiento de su hijo.

#### C. Respuesta de la entidad accionada.

Mediante escrito presentado en tiempo, la EPS Famisanar mediante representante legal, dio respuesta a la acción de tutela instaurada. Arguye que tanto el PEDIASURE TARRO como el PARCHE DUODERM se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud de acuerdo a la Resolución 5261 de 1994 y por lo tanto la EPS no está legalmente habilitada para autorizarlo. Las GASAS ESTERILIZADAS y los GUANTES hacen parte del POS para manejo hospitalario, sin embargo no se encuentran incluidas para manejo ambulatorio que es lo que se solicita en este caso. La TERAPIA FÍSICA, por su parte, sí se encuentra incluida en el POS por lo que puede solicitarla en el momento que la requiera. En relación con los APARATOS

ORTOPÉDICOS y la ATENCIÓN INTEGRAL DOMICILIARIA, resalta que la usuaria no adjunta demostración de que el médico haya prescrito los mismos y no existe por tanto prueba de que el menor los requiera. En relación con el tratamiento que requiere el menor en el futuro, considera que no es una pretensión amparable por vía de tutela puesto que se trata de situaciones futuras e inciertas.

Adicionalmente, la accionante no agotó el trámite ante el Comité Técnico Científico y no está probado que los acudientes del menor carezcan de los recursos económicos para asumir el costo de los elementos requeridos excluidos del POS, por lo que cualquier pronunciamiento por parte del juez de tutela ordenando la cobertura del servicio iría en contravención del Régimen de Seguridad social en Salud.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

#### D. Sentencia de única instancia.

Mediante sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil cinco (2005), el Juzgado ochenta y seis Penal Municipal de Bogotá, negó el amparo deprecado al considerar que en el caso particular no se cumplen las condiciones establecidas jurisprudencialmente para inaplicar la reglamentación legal reguladora del Sistema de Seguridad Social en Salud. Afirma esto, por no existir prueba dentro del expediente que sustente el hecho de que los médicos tratantes adscritos a la EPS hubieren formulado alguno de los elementos solicitados en la acción.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

La Sala de Revisión debe establecer si la EPS Famisanar con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor Andrés Felipe Cruz, debe efectuar el suministro de los elementos y tratamientos solicitados por la accionante en representación de su hijo, aún cuando no obra en el expediente prueba de su formulación por parte de un médico adscrito a la EPS.

Tercera. Reiteración de jurisprudencia- Derecho a la salud de los menores de edad, protección reforzada.

El Artículo 44 de la Constitución Política preceptúa que “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”.

En desarrollo de este precepto constitucional<sup>2</sup>, que manifiestamente buscó crear una diferenciación entre el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños frente a los demás asociados, la jurisprudencia ha sido reiterativa en el sentido de proteger el derecho a la salud de los menores de forma preferente, en razón a ser sujetos que por su situación de debilidad manifiesta, generada tanto por su condición de niños como por la enfermedad que padecen, requieren una protección especial reforzada de sus derechos.

Es por esto que no es necesario que se presente una vulneración del derecho a la vida del menor para así proteger por el medio excepcional y sumario de la tutela su derecho a la salud, ya que ésta es fundamental considerada individual y autónomamente, conexidad que sí es requerida cuando se está frente a un adulto.

Esta Corporación, en aplicación de esta normativa constitucional, ha desarrollado y afianzado en numerosos pronunciamientos<sup>3</sup> este trato prevalente del derecho a la salud de los menores. En este sentido, encontramos a modo de ejemplo la sentencia T-093 de 2005 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández que señala:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”.

Así las cosas, es indiscutible que es deber del juez de tutela brindar una protección especial y reforzada al derecho a la salud cuando se trata de un menor, por tratarse de un derecho “prevaleciente y por tanto incondicional y de protección inmediata”.<sup>4</sup>

Cuarta. Reiteración de Jurisprudencia- Inaplicación de la normatividad acerca de exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.

La afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo garantiza el acceso a los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que se encuentran definidos y limitados por la normatividad legal y reglamentaria vigente en la materia. La existencia de esta delimitación en la prestación del servicio de salud encuentra fundamento en la necesidad de mantener un equilibrio financiero dentro del sistema, pues de lo contrario se tornaría inviable económicamente, imposibilitando una prestación universal de los servicios.

Aunque legítimas, las limitaciones impuestas al sistema pueden en ciertos casos, según circunstancias especiales, vulnerar derechos de consagración constitucional tales como la salud, que como fue expuesto anteriormente es fundamental en el caso de los menores, y la vida. Cuando esto sucede es claro que se impone la Constitución, en razón de su supremacía y de su fuerza normativa, por lo que pasa ser legítima ya no la normatividad que impone limitaciones al servicio sino su inaplicación, para dar aplicación directa a la Carta y así evitar o cesar la vulneración de los derechos fundamentales de quien se encuentra en estas circunstancias.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que los eventos que dan lugar a la inaplicación de la normatividad vigente, pueden ser determinados por el cumplimiento de

una serie de condiciones establecidas por esta Corporación<sup>5</sup>. Estas condiciones son:

1) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POS amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2) Que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.

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

4) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS a la cual se halla afiliado el demandante.

La Sala entrará a continuación a estudiar el cumplimiento de las condiciones en el caso sub examine, para determinar la procedencia del amparo de los derechos del menor Juan Felipe Cruz Ñustes.

En cuanto al primer requisito, es evidente que no suministrar al menor los elementos solicitados vulnera sus derechos a la salud y a la vida digna puesto que éstos son indispensables para su tratamiento y recuperación. Adicionalmente, en aras de la protección especial y superior que se predica de los derechos de los niños, este requisito se encuentra cumplido por vulnerar en principio y de manera clara, su derecho a la salud.

En relación con la segunda condición, esta Corporación en reiterada jurisprudencia<sup>6</sup> ha abordado el tema de la prueba de la incapacidad económica del accionante y, dando aplicación a los principios generales del derecho probatorio ha concluido que:

“le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad. Lo cual es así por cuanto en esta hipótesis el dicho del extremo demandante constituye una negación indefinida que es imposible de probar por quien la aduce, corriendo entonces la carga de la prueba en cabeza del extremo demandado cuando quiera desvirtuar tal afirmación”. <sup>7</sup>

En el escrito de tutela presentado en representación de su hijo por la señora Diana Marcela Ñustes, madre del menor, se lee: “Mi esposo WILLIAM FERNANDO CRUZ padre del menor es cotizante como empleado de HOME SENTRY, donde recibe escasamente un salario mínimo, que solo alcanza para pagar el arriendo, la subsistencia de la familia y servicios públicos, actualmente no contamos ni para los buses y tenemos que acudir a la buena voluntad de unos familiares que nos han ayudado....Yo, debido a la enfermedad de mi hijo tuve que renunciar a mi trabajo donde ganaba el salario mínimo y nos encontramos en una situación económica precaria...”.(folio 2)

De esta declaración se desprende indudablemente la afirmación de encontrarse en incapacidad económica para sufragar el costo de los elementos requeridos por el niño para su recuperación, afirmación que no fue desvirtuada ni por la entidad accionada ni por pruebas decretadas por el juez de instancia, razón por la cual este requisito se encuentra también cumplido en su totalidad.

En tercer lugar, se trata de elementos que no pueden ser sustituidos por los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, hecho que se infiere tanto del escrito de la acción como de la contestación de la entidad, y por no obrar prueba en contrario dentro del expediente, se tendrá por probado y por tanto se tendrá por cumplido el requisito.

Por último, esta Corporación ha señalado la condición consistente en que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la entidad demandada. Este fue precisamente el requisito cuyo supuesto incumplimiento llevó al juez de instancia a negar el amparo invocado. Considera la Sala que este requisito sí se encuentra cumplido dentro del caso bajo examen, por las consideraciones expuestas a continuación.

El Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta la acción de tutela, en su artículo 20 establece una presunción de veracidad de acuerdo a la cual: “Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

De acuerdo a este precepto reglamentario, en los casos en que la entidad accionada no dé contestación a la acción, opera una presunción de veracidad de todos los hechos consignados en la tutela, que servirá por tanto, como único fundamento para resolver, salvo que el juez estime pertinente obtener otros elementos de juicio para dictar sentencia.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la entidad accionada sí presenta el informe requerido mas no controvierte ciertos hechos afirmados en la acción? Realizando una interpretación amplia del artículo 20 del Decreto 2591 y concordándolo con el principio constitucional de la buena fe<sup>8</sup>, debe entenderse que las afirmaciones consignadas en el escrito de tutela cuya veracidad no sea controvertida por la entidad accionada, son ciertas y por tanto deben servir como

fundamento para la decisión. Una interpretación diversa se enfrentaría con el espíritu garantista que el constituyente del 91 quiso imprimir a la acción de tutela.

Descendiendo al caso bajo estudio, encontramos que si bien es cierto no fueron aportadas las fórmulas médicas suscritas por el médico tratante, la EPS solo opuso este hecho en relación con la pretensión de suministro de los APARATOS ORTOPÉDICOS y la ATENCIÓN INTEGRAL DOMICILIARIA, por lo que respecto a las demás pretensiones la afirmación consignada en el escrito tutelar se presume cierta y por tanto está cumplido el cuarto requisito necesario para acceder a la petición de amparo.

Así las cosas, la conducta de la EPS Famisanar efectivamente está vulnerando los derechos fundamentales de Andrés Felipe Cruz y por tanto esta Sala revocará el fallo del Juzgado ochenta y seis Penal Municipal que negó el amparo y en consecuencia ordenará al representante legal de Famisanar EPS o quien haga sus veces, que en caso de que no se hubiere hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, suministre al menor el PEDIASURE TARRO, los PARCHES DUODERM, las GASAS ESTERILIZADAS, los GUANTES y los demás elementos, medicamentos o tratamientos necesarios para la recuperación integral del menor, según concepto del médico tratante.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

### III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero: REVÓCASE la sentencia proferida por el Juzgado ochenta y seis Penal Municipal de Bogotá, en la acción de tutela instaurada por la señora Diana Marcela Ñustes en representación de su hijo Andrés Felipe Cruz Ñustes, en contra de Famisanar EPS.

En consecuencia, ORDÉNASE al representante legal de Famisanar EPS, o quien haga sus veces, que en caso de que no se hubiere hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, suministre al menor el PEDIASURE TARRO, los PARCHES DUODERM, las GASAS ESTERILIZADAS, los GUANTES y los demás elementos, medicamentos o tratamientos necesarios para la recuperación integral del menor, según lo determine el médico tratante.

Segundo: Se autoriza a la entidad demandada a repetir contra el FOSYGA en los gastos en que incurra, pago que deberá verificarse en el término de seis (6) meses contados a partir de la respectiva solicitud, sólo en lo que no le corresponda asumir conforme a la ley.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópíese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El Síndrome de Guillain-Barré es un trastorno en el que el sistema inmunológico del cuerpo

ataca a parte del sistema nervioso periférico. Los primeros síntomas de esta enfermedad incluyen distintos grados de debilidad o sensaciones de cosquilleo en las piernas. En muchos casos, la debilidad y las sensaciones anormales se propagan a los brazos y al torso. Estos síntomas pueden aumentar en intensidad hasta que los músculos no pueden utilizarse en absoluto y el paciente queda casi totalmente paralizado. En estos casos, el trastorno pone en peligro la vida - potencialmente interfiriendo con la respiración y, a veces, con la presión sanguínea y el ritmo cardíaco - y se le considera una emergencia médica. El paciente es colocado a menudo en un respirador para ayudarle a respirar y se le observa de cerca para detectar la aparición de problemas, tales como ritmo cardíaco anormal, infecciones, coágulos sanguíneos y alta o baja presión sanguínea. La mayoría de los pacientes se recuperan, incluyendo a los casos más severos del Síndrome de Guillain-Barré, aunque algunos continúan teniendo un cierto grado de debilidad.

2 Que a su vez desarrolla y contiene, en virtud del bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre el tema, tales como la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

3 En este sentido T- 137 de 2003, T-819 de 2003, T-412 de 2004, T-777 de 2004, T-093 de 2005, T-342 de 2005, T-646 de 2005, entre otras.

4 T-646 de 2005, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

5 Existe numerosa jurisprudencia en este sentido, entre otras T-975 de 1999, T- 1166 de 2000, T-080 de 2001, t-1056 de 2001, T-453 de 2003, T-645 de 2004, T-752 de 2004, T-974 de 2004, T-1129 de 2004, T-002 de 2005 y T-471 de 2005.

6 Sentencias T-447 de 2002, T-906 de 2002, T-1019 de 2002, T-683 de 2003, T-744 de 2004, T-499 de 2005 y T-036 de 2006 entre otras.

7 Sentencia T-113 de 2002, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

8 Artículo 83: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas", Constitución Política de Colombia.