

Sentencia T-405/06

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

DERECHOS DEL NIÑO-Protección constitucional especial

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

DERECHOS DEL NIÑO-Prevalencia

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DE NIÑA DIABETICA-Suministro de elementos requeridos para el tratamiento por la ARS y repetición contra la Secretaria Distrital de Salud

Referencia: expediente T-1266016

Peticionario: Luis Eduardo Rincón Ramírez en representación de Valerín Rincón Fernández

Accionado: Humanavivir ARS

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, ha proferido la presente

SENTENCIA

En la revisión el fallo proferido dentro del expediente T-1266016, decidido en primera instancia por el Juzgado 16 Civil Municipal de Bogotá, el 19 de octubre de 2005 y en segunda instancia por el Juzgado 33 Civil del Circuito, el 29 de noviembre de 2005.

El expediente de la referencia, fue escogido para revisión por medio de auto proferido por la Sala de Selección Número Tres, el 17 de marzo de 2006 en atención a la solicitud de selección hecha por el Defensor del Pueblo el 1º de marzo de 2006.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

El señor Luis Eduardo Rincón Ramírez en representación de Valerín Rincón Fernández, instauró acción de tutela en contra de la ARS Humanavivir considerar vulnerados los derechos a la salud en conexidad con la vida, a la integridad física y personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, de su menor hija.

Los hechos que dieron origen a la interposición de la acción de tutela son los siguientes:

1. El accionante y su menor hija se encuentran afiliados a la ARS Humanavivir.
2. La menor sufre de diabetes, y por esta razón requiere tratamiento continuo.
3. La menor requiere de manera urgente de medicamentos análogos a la insulina, un glucómetro, lancetas y tirillas, jeringas adecuadas para la aplicación del fármaco puesto que, según el accionante, son elementos básicos con el fin de seguir el tratamiento de esa enfermedad.
4. La menor se encuentra se encuentra en tratamiento con la Asociación Colombiana de Diabetes.
5. El padre de la menor solicitó al médico general de Humanavivir que transcribiera la fórmula médica emitida por la Asociación Colombiana de Diabetes en la que se formulaban los elementos enunciados en el numeral 3 y esa solicitud fue rechazada por el médico de la ARS.
6. La ARS Humanavivir se ha negado a suministrar los medicamentos e implementos para el

tratamiento de la enfermedad, por considerar que no se encuentran incluidos en el POSS y que el accionante puede acudir directamente a entidades del estado como la Secretaría de Salud del Municipio donde vive o a los Hospitales donde éstas tengan convenios para que le sean suministrados.

7. De conformidad con lo manifestado por su padre, la menor ha venido mostrando un deterioro en su salud, lo que le ha impedido desenvolverse normalmente en su vida cotidiana y se encuentra en peligro de muerte.

2. Contestación de la entidad accionada

La ARS Humanavivir se opuso a la solicitud de amparo propuesta por el accionante en favor de su menor hija porque considera que las normas que rigen el régimen subsidiado no contemplan ese tipo de elementos solicitados dentro del POS-S.

La accionada sustenta su posición sobre la base del acuerdo 72 y 74 del Plan de beneficios del POS subsidiado, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el decreto 806 de 1998 (artículo 31), según el cual, si el afiliado requiere de servicios adicionales que no se encuentren en el POS-S y que no tenga la capacidad de pago para adquirirlos, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta.

Finalmente, la ARS manifiesta que con esa actuación no se está amenazando el mínimo vital del paciente y mucho menos poniendo en riesgo su vida

II. LOS FALLOS QUE SE REVISAN

Primera instancia

El 19 de octubre de 2005, el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá, decidió conceder el amparo solicitado por el accionante en representación de su menor hija, ordenando a la ARS Humanavivir que asumiera la totalidad de los costos del tratamiento médico requerido por la accionante Valerín Rincón Fernández, así como todos los aditamentos que se requieran para la efectividad del mismo. Igualmente, dispuso que la ARS Humanavivir podría repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social por los costos en que se hubiese incurrido en cumplimiento de la orden.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La anterior decisión se toma con fundamento en la siguiente consideración:

* La situación económica del solicitante, le impide asumir el porcentaje que legalmente le correspondería, razón por la cual estima que resulta inaplicable el decreto 806 de 1998 en lo concerniente al pago de los tratamientos requeridos por el accionante, pues solo así se puede garantizar la protección de los derechos de la menor.

Segunda instancia

El 29 de noviembre de 2005, el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá revocó la Sentencia de primera instancia con fundamento en las siguientes consideraciones:

- * Dentro del expediente no se encuentra una fórmula médica que ordene los elementos solicitados.
- * No se puede presumir que la ARS ha violado el derecho a la vida o a la salud de la menor y además porque ese planteamiento ni siquiera lo hizo el accionante.
- * La petición principal del accionante corresponde a elementos que no se encuentran incluidos en el POS.
- * Con el fin de lograr un equilibrio financiero del Sistema de Salud, sólo en enfermedades que son consideradas como catastróficas, es viable el suministro de medicamentos por fuera del POS.
- * No encuentra que exista una sentencia de tutela en la que se haya concedido un glucómetro, un tensiómetro, o algún aditamento que sirva exclusivamente para mejorar la salud del accionante o para mejorar sus efectos. Lo que se ha concedido por fuera del POS es la práctica de exámenes pero nunca esos aditamentos.
- * El pago de los aditamentos por fuera del POS son responsabilidad del estado y no de la ARS dentro del marco de la ley y de la jurisprudencia.
- * La negativa de la ARS a suministrar los elementos solicitados no pone en peligro la vida de la menor Valerín Rincón Fernández

Solicitud de Revisión

El Defensor del Pueblo solicitó la selección para la revisión por considerar que la Corte Constitucional ha fijado los parámetros que se deben tener en cuenta para el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS en las Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998, T-329 de 1998 y SU 819 de 1999, entre otras y que en el caso concreto no se tuvieron en cuenta.

En el caso concreto, la formulación de Valerín Rincón Fernández obedece a la necesidad de suministrar un tratamiento idóneo a la enfermedad que padece. La Defensoría del Pueblo considera que la decisión del juez constitucional de segunda instancia, carece de fundamento real, amén de carecer de gestión probatoria consecuente con la gravedad de la enfermedad que sufre la menor.

El ad quem no examinó los parámetros de la jurisprudencia constitucional para aquellos casos en los cuales se niega un medicamento que se encuentra fuera del POS, en detrimento de los derechos fundamentales de la accionante (salud en conexidad con la vida).

Del mismo modo, el Adquem debió examinar la situación económica del actor, para determinar si el costo de la prestación en salud afecta los recursos económicos de manera que afecten el mínimo vital y le resulte desproporcionada e incompatible con el principio del “principio de cargas soportables y los objetivos de la accesibilidad del derecho a la salud”, enunciado en la Sentencia T-884 de 2004.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Obran las siguientes:

* Copia de los carnets de afiliación al régimen subsidiado en la ARS Humanavivir del señor Luis Eduardo Rincón Ramírez y la menor Valerín Rincón Fernández.

* Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Valerín Rincón Ramírez, en el que consta, que la menor nació el 23 de marzo de 2001.

- * Copia del un derecho de petición radicado por el señor Luis Eduardo Rincón Ramírez, el 25 de Agosto de 2005 en Humanavir. En este derecho de petición se solicitó el suministro de tirillas, un glucómetro, lancetas, análogos a la insulina, jeringas y ampollas de glucagen.
- * Copia de la respuesta al derecho de petición antes enunciado del 30 de agosto de 2005, en el que la ARS manifiesta que el suministro de esos elementos no se encuentra en la Plan Obligatorio de Salud y que para el efecto de esa prestación, el solicitante se debía acercar a la Secretaría de Salud respectiva o al Hospital Público que tenga convenio con esa entidad territorial.
- * Copia de la Historia Clínica y de la historia nutricional en la Asociación Colombiana de Diabetes, donde consta, que la menor Valerín Rincón Fernández padece de diabetes.
- * Copia de un concepto emitido el 25 de agosto de 2004, por el Jefe de la Oficina Jurídica y Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, en donde se establece cual es el organismo competente para otorgar el subsidio a la oferta en lo no cubierto en el Régimen Contributivo y en el Régimen Subsidiado.
- * Certificación del Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), del 28 de noviembre de 2005, en la que se certifica que el señor Luis Eduardo Rincón Ramírez, se encuentra inscrito en el RUT pero no ha presentado declaraciones por impuesto de renta y complementarios.
- * Certificación del SETT, del 29 de noviembre de 2005, en la que se certifica que la cédula 79'445.027 no tiene ningún vehículo registrado.-
- * Respuesta de Humanavivir al oficio librado por esta Corte, el 4 de abril de 2006, en el que se afirma que esa entidad no es responsable del suministro de los medicamentos y elementos solicitados por la menor, porque no se encuentran previstos en el POSS.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Sala Sexta de Revisión 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.

1. Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala establecer si la negativa de una Administradora del Régimen Subsidiado de suministrar medicamentos análogos a la insulina, un glucómetro, lancetas y tirillas, ampollas de glucagen y jeringas adecuadas para la aplicación del fármaco, vulnera el derecho a la salud y a la vida de una menor de edad beneficiaria del Régimen Subsidiado.

Concretamente, ¿puede el juez constitucional autorizar por vía de tutela el suministro de elementos para el tratamiento de la diabetes, no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado, a una menor de edad cuyo padre no cuenta con los recursos necesarios para cubrir directamente el valor de los mismos?

Con el fin de dar solución al problema jurídico, esta Sala, en primer lugar, examinará la protección, cuidado y ayuda especiales que deben tener los menores de edad, en segundo lugar, se examinará el derecho a la Seguridad Social en los menores de edad, en tercer lugar, se estudiará el suministro de los medicamentos excluidos del POSS, para finalmente, entrar en el análisis del caso concreto.

3 . La protección, cuidado y ayuda especiales que deben tener los menores de edad.

Tanto la Constitución Política en su artículo 44, como la legislación colombiana¹, establecen la protección especial que tienen los menores y la prevalencia que sus derechos tienen sobre los derechos de los demás.

Es así como, el artículo 20 del Código del Menor (Decreto 2737/89) establece la prevalencia de los derechos de los menores en desarrollo del principio del interés superior del menor, y es el mismo artículo el que determina que “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”.

Del mismo modo, los compromisos internacionales que Colombia ha adquirido en materia de protección de derechos humanos dentro de los cuales se encuentran aquellos que vinculan a los menores² y que integran el bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 de la misma, exigen una atención prioritaria a ellos y determinan la atención oportuna de los entes del Estado en caso que un menor de edad la necesite.

Ahora bien, a la luz de esos tratados internacionales como normas superiores que rigen los derechos de los menores, “(t)odo niño tiene derecho a medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de la sociedad , la familia y del Estado”³. Este imperativo internacional determina un tratamiento prioritario hacia la niñez en todas las circunstancias. En este sentido, toda medida que tienda a afectar al menor debe ser inaplicable con el fin de reconocer el “interés superior del niño”.

Por lo anterior, y de conformidad con La Constitución es el Estado, la Familia y la sociedad,

los llamados a asistir y proteger a los niños para garantizar su desarrollo armónico e integral y permitir el ejercicio pleno de sus derechos.

4. El derecho a la Seguridad Social en los menores de edad.

De conformidad con el artículo 26 de la Convención de los Derechos del niño, ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991, los estados partes de la Convención:

1. (...) reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

1. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

El Estado colombiano asumió esta obligación internacional que debe entenderse en concordancia con la prevalencia de los derechos de los menores contemplada en el artículo 44 de la Constitución Política.

El derecho a beneficiarse de la seguridad social por parte de los menores de edad, es uno de los tantos derechos que encuentran conexidad con la vida, sobre todo cuando se trata de enfermedades de alto riesgo y que implican una atención inmediata del Estado o de las entidades que prestan el servicio.

En los eventos en que los menores de edad se encuentran en alto riesgo, como cuando se padece de enfermedades terminales o enfermedades del alto riesgo, la atención del Estado hacia los menores debe ser aún mas expedita.

De otro lado, cuando no se trate de enfermedades que los afecten, catalogadas como de alto riesgo, pero que impliquen un detrimento de la dignidad humana, el Estado debe actuar de manera oportuna y prestar la atención que sea necesaria para hacer menos gravosa la enfermedad. Es de recordar, como lo ha hecho la jurisprudencia de esta Corte anteriormente, que el derecho a la vida de las personas, no debe ser entendido simplemente como la existencia biológica, sino que por el contrario, comprende las condiciones de vida digna de las personas.

Con fundamento en las normas internacionales y en la Carta Política el derecho de los menores a beneficiarse de la seguridad social implica que los entes del Estado y aquellos que en su nombre prestan el servicio de Salud, deben prestar especial atención especial a este grupo de personas por encima de las reglamentaciones ordinarias que se opongan a tal imperativo.

5. Suministro de Medicamentos que se encuentren excluidos del Plan Obligatorio del Salud (POSS)

De otro lado, con respecto a los medicamentos que se encuentren excluidos del POSS, la jurisprudencia⁴ de esta Corporación, ha establecido ciertos parámetros dentro de los cuales las Entidades Promotoras de Salud o Administradoras del Régimen Subsidiado, deben suministrar medicamentos por fuera del Plan Obligatorio de Salud. Los requisitos son los siguientes:

(i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la E.P.S. está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.

Los anteriores requisitos, deben ser analizados por el juez de conocimiento en el caso concreto con el fin de determinar si el afiliado necesita o no del medicamento o del tratamiento solicitado. Dentro de los anteriores requisitos ocupa un lugar destacado el análisis que haga el juez al determinar si con la negativa de suministrarlos se está poniendo en peligro la vida y la salud del accionante. Igualmente, se debe entrar a analizar la incapacidad económica que tiene el paciente para adquirir los medicamentos o pagar los tratamientos.

Evidentemente, la necesidad de los medicamentos o tratamientos debe partir de conceptos técnico científicos y no está en manos del juez entrar a determinar si éstos son o no necesarios, por lo anterior, corresponde al juez en cada caso, analizar las pruebas médicas que se aporten al expediente o en caso de duda solicitar el concepto idóneo para determinar si es procedente el amparo.

Con fundamento en estos parámetros, esta Sala examinará el caso en concreto con el fin de determinar la situación de la menor Valerín Rincón y dar solución al problema jurídico.

6. Caso concreto

De un lado, el padre de la menor Valerín Rincón Fernández solicita a la ARS Humanavivir que le suministre a su hija el tratamiento para la diabetes, medicamentos análogos a la insulina, un glucómetro, lancetas y tirillas, jeringas adecuadas para la aplicación del fármaco y ampollas de glucagen, con el fin de tratar la enfermedad de diabetes que padece.

De otro lado, la ARS Humanavivir manifiesta que estos elementos no se encuentran incluidos en el POSS y que por lo tanto, a quien le corresponde suministrarlo es a la Secretaría de Salud de Bogotá o a las entidades que tengan convenio con ésta, puesto que de conformidad con la reglamentación vigente es a ésta a quien le compete suministrar esos elementos. Igualmente, manifiesta que ningún médico adscrito a la ARS le ha formulado los medicamentos y los elementos pretendidos. Finalmente indica que de conformidad con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, la ARS Humanavivir no puede asumir el suministro de los elementos pretendidos porque no puede dar una destinación distinta a la establecida en la ley a los recursos de la Seguridad Social y en este caso los elementos pretendidos no se encuentran en el POSS.

Con el fin de dar solución al problema jurídico, esta Sala entrará a determinar si la menor Valerín Rincón Fernández, se encuentra dentro de los parámetros que la jurisprudencia de esta Corte para que sea procedente el amparo solicitado.

En primer lugar, hay que resaltar que en este caso específico se encuentra de por medio el derecho a la salud de una menor de edad (de 5 años) cuyos derechos tiene prevalencia sobre los de los demás, tal y como se indicó en el capítulo IV numeral 3 de la parte considerativa de esta providencia.

En segundo lugar, se entrará a examinar si la menor cumple con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia de la Corte (remitirse al capítulo IV numeral 5 de esta parte considerativa), respecto del suministro de medicamentos que se encuentren por fuera del POS.

El primero de los requisitos jurisprudenciales que se debe analizar, es si la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física. Para analizar este punto se hace necesario examinar la historia clínica de la menor (folios 6-11 del cuaderno de primera instancia y las constancias que se encuentran en los folios 37 y 38 del cuaderno de esta Corte), por tratarse de concepto médico científicos.

Del análisis de la historia clínica de la menor en la Asociación Colombiana de Diabetes, se puede deducir, que la menor sufre de hipoglicemias frecuentes que ha tenido que estar hospitalizada en el Hospital Simón Bolívar durante 18 días y que la enfermedad fue diagnosticada en el año 2005 y se le ha suministrado insulina. Además que la menor sufre de Diabetes mellitus Tipo 1 y que para controlarla, se le ha venido ordenando un régimen alimenticio especial y aparece con glucometrías normales gracias al control de la enfermedad.

Igualmente de conformidad con la constancia de la Asociación Colombiana de Diabetes del 20 de abril de 2006, la menor “(...) requiere de una aplicación diaria de insulina en multidosis con sus correspondientes jeringas (sin espacio muerto- BD de 0.3) para la aplicación de las insulinas; además para adecuado manejo de las insulinas, monitoreo de glucometrías preprandiales con glucómetro, con una frecuencia de tres veces por día, dos preprandiales y vez post-prandial, ampolla de glucagen (glucagon) para hipoglicemias severas”. Además se agrega que deben hacer exámenes de detección precoz de complicaciones como: Hemoglobina Glicosiliada con frecuencia trimestral; Microalbuminuria con frecuencia anual;

Perfil Lipídico, dos veces al año; Fotografía fondo de ojo, una vez al año; Consulta médica por Endocrinólogo-Pediátrico con frecuencia trimestral.

Finalmente, se añade en otra certificación de la misma Institución, del 25 de abril de 2006, que para la atención adecuada de la menor se requiere: un glucómetro, tirillas reactivas para determinación de glicemias con una frecuencia de 3 veces al día, insulina NPH y regular.

No se desconoce, por parte de la ARS, que la falta del suministro del medicamento ponga en riesgo la vida del accionante, así se hace ver en la contestación a la acción de tutela (folios 31-38 del cuaderno de primera instancia), el escrito de impugnación del 24 de octubre de 2005 y la respuesta al oficio del 4 de abril de 2006 librado por esta Corte. Para la ARS, la menor tiene la posibilidad de acceder a los elementos que solicita por otros medios y además alega que éstos no han sido formulados por el médico tratante de la entidad.

El segundo de los requisitos jurisprudenciales, determina que el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. Este es otro asunto que no tiene controversia por parte de la ARS, es decir, que no desconocen que lo que se solicita por parte del tutelante es idóneo para tratar la enfermedad y tampoco se controvierte que dichos medicamentos puedan ser o no sustituidos por otros.

La ARS manifiesta que no ha desconocido los derechos fundamentales de la menor porque simplemente se atiene a lo que manifiesta la legislación vigente para las enfermedades que no son catalogadas de alto riesgo como es el caso de la diabetes.

El tercero de los requisitos jurisprudenciales, hace referencia a que el paciente no pueda

sufragar el porcentaje que la E.P.S. está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud. Con el fin de analizar este punto, basta remitirnos al folio 21 del cuaderno de primera instancia en el que se manifiesta por parte de la menor que no cuenta con la capacidad económica suficiente para sufragar los costos de los elementos que solicita por medio de la tutela. Igualmente, es necesario remitirse a los folios 14-19 del cuaderno de segunda instancia, en el que se certifica por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- que el padre de la accionante no declara renta aunque está inscrito en el RUT y por parte de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá que no figura en su propiedad ningún vehículo automotor.

Lo anterior, demuestra la incapacidad económica del padre de la menor y , en consecuencia, la incapacidad para adquirir los elementos que solicita por medio de la acción de tutela.

El cuarto de los requisitos jurisprudenciales, hace referencia a que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio. En este punto hay que examinar que la ARS Humanavivir si atendió a la menor Valerín Rincón Ramírez, pues en respuesta al derecho de petición interpuesto por el padre de la menor el 25 de agosto de 2005, solicitó que se le respondiera el porqué de la negativa a suministrar las tirillas, el glucómetro, las lancetas, análogos a la insulina, la ampolla de glucagen y jeringas para aplicación del fármaco. Además, porque en respuesta al derecho de petición la ARS manifestó que se debía volver a acudir al médico tratante “con el objeto que se reformule un medicamento análogo que esté contemplado en el Plan obligatorio de Salud, que pueda suplir o cumpla la misma función al anteriormente formulado y que pueda ser suministrado por el EPS (sic) por estar cubierto por el POS (sic)”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con el fin de que se pronunciara el médico tratante de la ARS, esta Sala libró oficio con fecha

4 de Abril de 2006 en el que se solicitó a la ARS que a través del médico tratante de la menor, se indicara ¿cuál es el tratamiento que debe seguir la menor para controlar la diabetes que padece? y ¿cuáles son los elementos necesarios para el control adecuado de esa enfermedad?. A los cuestionamientos anteriores la ARS respondió de manera evasiva, pues simplemente se limitó a poner de presente que la solicitud hecha por el accionante no era procedente por no encontrarse en el POSS y que además no cumplía con los requisitos contemplados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, agregando que esa prestación le corresponde a la entidad territorial correspondiente que en este caso es la Secretaría de Salud de Bogotá.

De lo anterior se puede concluir, que la ARS guarda silencio respecto de los medicamentos que deben ser suministrados a la menor para el tratamiento de la enfermedad de diabetes e igualmente sobre los elementos que son necesarios para seguir el tratamiento que necesita la menor.

Después del estudio de los cuatro requisitos, establecidos por la jurisprudencia de esta Corte, necesarios para hacer viable el suministro de medicamentos y elementos que se encuentren por fuera del POSS, se puede concluir lo siguiente:

1. No se controvierte que la vida de la menor accionante se encuentra en peligro por parte de la ARS.
2. Al tratarse de una menor de edad, sus derechos tienen prevalencia especial que debe ser protegida por la Corte Constitucional y por lo tanto las normas que hacen mas gravoso el acceso a la Seguridad para su tratamiento de la diabetes deben ser objeto de inaplicación, por excepción de inconstitucionalidad.
3. No se controvierte por la ARS que los medicamentos y elementos para tratar la enfermedad no sean idóneos, pues la ARS en ningún momento manifiesta que existan medicamentos o elementos análogos que la ARS esté en la capacidad de suministrar porque

se encuentran dentro del POS.

4. No se pronunció el médico tratante de la menor accionante adscrito a la ARS, para manifestar que alternativa tenía la menor para el tratamiento de su enfermedad, distinta a lo que le fue formulado por la Asociación de Diabetes.

5. Ante el silencio de la ARS y la ausencia de una alternativa razonable en la que se indique los medios alternativos que puede tener la menor para el tratamiento de su enfermedad, esta Sala entenderá que el tratamiento que debe seguir la menor es el que propone la Asociación de Diabetes, aunque no sea una institución adscrita a la ARS Humanavivir.

6. Finalmente, es evidente que la familia de la menor no cuenta con los medios necesarios para comprar los instrumentos y las medicinas idóneas para el tratamiento de su enfermedad.

De conformidad con las anteriores conclusiones, esta Sala ordenará a la ARS Humanavivir que a partir dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a suministrar los elementos pretendidos en la acción de tutela. Evidentemente, por ser elementos y medicamentos que no se encuentran el POSS, se facultará a la ARS Humanavivir para que repita la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá por los costos en que incurra en dicho suministro.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta 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, decretada por esta Sala mediante auto del 4 de abril de 2006, para fallar en el presente asunto

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, del 29 de noviembre de 2005, y, en su lugar, CONCEDER la tutela que pretende el amparo del derecho fundamental a la vida y a la seguridad social de la menor Valerín Rincón Fernández, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero. ORDENAR a la ARS Humanavivir que a dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia preste la atención médica necesaria a la menor Valerín Rinón Fernández y le efectúen los exámenes de: Hemoglobina glicosiliada, trimestralmente; Microalbuminuria, una vez por año; Perfil Lipídico, dos veces por año; Fotografía Fondo de Ojo, una vez al año y se le realice una consulta médica con endocrinólogo-pediátrico al menos trimestralmente. Igualmente, que se le suministren los siguientes elementos para tratar su enfermedad: un glucómetro, Tirillas reactivas para determinación de Glicemias con una frecuencia de tres veces al día, lancetas, Insulina NPH y regular con sus correspondientes jeringas (sin espacio muerto-BD de 0.3) y ampollas de Glucagen para Hipoglicemias severas.

Cuarto: ACLARAR que a Humanavivir ARS, le asiste el derecho de repetir por los costos en que incurra con ocasión del cumplimiento de este fallo de tutela ante la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Quinto: INAPLICAR el artículo 31 del decreto 806 de 1998, para que sea la ARS directamente, la que suministre a la menor el tratamiento, los medicamentos y demás elementos que el médico tratante de la ARS establezca, tal y como se ordenó en el numeral tercero de la parte resolutive de esta providencia.

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Dentro de las normas colombianas encontramos: (1) El Decreto-Ley 2737 de 1989, denominado el Código del Menor. (2) La Ley 265 de 1996 que aprueba el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya el 29 de mayo de 1993. (3) La Ley 294 de 1996 que hace referencia a las medidas para la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar. (4) La Ley 599 de 2000 Código Penal en el título VI del Libro Segundo donde se enuncian los delitos contra la familia, entre ellos: la mendicidad, adopción irregular, asistencia alimentaria, incesto y supresión, alteración o suposición del estado civil. (5) La Ley 670 de 2001, por medio de la cual se desarrolla parcialmente el artículo 44 de la Constitución Política para garantizar la vida, integridad física y la recreación del niño expuesto al riesgo por el manejo de artículos pirotécnicos o explosivos. (6) Ley 679 de 2001, por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución. (7) La Ley 704 de 2001, por medio de la cual se aprueba el “Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”, adoptado por la Octogésima Séptima (87ª) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, Suiza, el diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999). (8) La Ley 765 de 2002, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos

del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía”, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000). (9) La Ley 833 de 2003, julio 10, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000).

2Dentro de las múltiples normas internacionales que tienen que ver con los derechos de los menores encontramos: (1) La Declaración universal de derechos humanos, artículo 25 (2) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, artículo 10. (3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 24, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, artículo 24 (4) Convención americana sobre derechos humanos, artículo 19, ratificado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972. (5) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 16, ratificado por Colombia mediante la Ley 51 de 1981. (6) La adopción de la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991. (7) Los artículos 14, 17, 23, 24, 38, 50 y 94 del Convenio IV de Ginebra. (8) Los artículos 8º, 76, 77, 78 del Protocolo I adicional de Ginebra. (9) Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. (10) La Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores que fue promulgado mediante el Decreto 971 de 1994. (11) La Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, suscrita en Montevideo y ratificada por Colombia mediante la Ley 449 de 1998. (12) Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile, ratificado por Colombia mediante la Ley 468 de 1998.

3 Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

4 Al respecto se puede examinar la Sentencia T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.