

Sentencia T-417/07

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Carácter fundamental

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

DERECHO A LA VIDA-Comprende condiciones dignas

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Hipótesis fáctica que la determina

PRESUNCION DE VERACIDAD DE INCAPACIDAD ECONOMICA-Beneficiarios del Sisbén

Referencia: expediente T-1523425

Acción de tutela instaurada por Marelvis Orozco Pérez en nombre y representación de su menor hijo, Luis Alfredo Llorente Orozco, contra CAPRECOM A.R.S.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo del año dos mil siete (2007).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela instaurada por Marelvis Orozco Pérez en nombre y representación de su menor hijo, Luis Alfredo Llorente Orozco, contra CAPRECOM A.R.S.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda de tutela

La señora Marelvis Orozco Pérez, actuando en nombre y representación de su menor hijo, Alfredo Llorente Orozco, de 12 años de edad, instauró acción de tutela contra CAPRECOM

A.R.S., al estimar vulnerados los derechos fundamentales de los niños, a la vida, la salud y la integridad física, con la omisión de esa entidad en ordenar la práctica de unos exámenes que el niño requiere, según los hechos que a continuación se reseñan. (Fls. 1-6)

La señora Orozco afirmó que desde el 6 de enero de 2002 su hijo está afiliado a la ARS CAPRECOM; que el 3 de marzo de 2006 su médico tratante, adscrito a la ARS accionada le diagnosticó una “MIOPIA CONJUNTIVITIS ALERGICA” que le impide tener buena visibilidad especialmente en el ojo izquierdo. Señaló que ese diagnóstico fue “sucesivamente confirmado por Centro de Cirugía Láser Ocular quien el día 24 de abril de 2006 solicita la realización de una TOPOGRAFIA CORNEAL COMPUTARIZADA, una PAQUIMATRIA POR QUERATOCOMO (SIC)”. -Negrilla original-

La accionante manifestó que el diagnóstico fue presentado a CAPRECOM A.R.S. para que le realizara los exámenes al menor pero no los autorizó, considerando que la patología no está cubierta por el (POS-S) y, según aseguró, remitieron el caso a la entidad territorial correspondiente.

La madre del menor señaló que la negativa de la A.R.S. vulnera los derechos de su hijo “condenándolo en consecuencia a que sea un disminuido físico más” y a que no tenga una vida en condiciones dignas, no obstante la obligación del Estado de prestar una protección especial a quienes por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Adicionalmente, citó la sentencia T-855 de 2002 de esta Corte, según la cual se han establecido las formas de solucionar el problema.

Para finalizar, aseguró que la ARS pretende que ella sufrague los gastos que demanda la práctica de los exámenes pero que su condición de persona humilde y de escasos recursos económicos le impiden hacerlo, considerando que depende económicamente de “los pocos recursos” que su esposo le suministra “de su salario del cual dependen (SIC) igualmente el resto de la familia, razón por la cual los beneficios de salud son recibidos por intermedio del régimen subsidiado”. También indicó que la ARS ha sido negligente “para suministrarle información oportuna sobre las entidades que están habilitadas para prestarle la atención que requiere.”

En consecuencia, solicitó se ordenara a la A.R.S. CAPRECOM que practicara los exámenes requeridos por su menor hijo. La demandante anexó a su escrito los siguientes documentos:

(Fls. 7-14)

- * Fotocopia de la remisión del niño Luis Alfredo Llorente Orozco al oftalmólogo, suscrita por el Médico cirujano Dr. Iván J. Ortiz Tuñón, del Hospital Local Santa Rosa de Lima, el 3 de marzo de 2006, en la que se lee “MIOPIA Conjuntivitis alérgica”. (Fl. 7)
- * Fotocopia de receta médica a nombre de Luis Alfredo Llorente Orozco, del 24 de abril de 2006, en la que se solicitan los exámenes diagnósticos Topografía corneal computarizada y Paquimetría, por queratocono, suscrita por el Dr. Luis Alberto Valderrama del Centro de Cirugía Láser Ocular. (Fl. 8)
- * Fotocopia del carné de afiliación del menor Luis Alfredo Llorente Orozco a CAPRECOM A.R.S. No. 13583CONT-1126, con estrato socioeconómico 1, en Santa Rosa de Lima, Bolívar. (Fl. 9)
- * Fotocopia de la T.I. No. 95010823243 del niño Luis Alfredo Llorente Orozco, cuya fecha de nacimiento es el 8 de enero de 1995. (FL. 9)
- * Fotocopia del Formato de Negación de Servicios de Salud o Medicamentos de la Superintendencia Nacional de Salud, suscrita por un funcionario de CAPRECOM y por la demandante, con la anotación de la negativa a practicar los exámenes requeridos por el menor, por no estar cubiertos por el POS-S, así mismo se afirma la remisión del caso a la entidad territorial (D. 806 de 1998, Art. 31) (Fl. 10)
- * Fotocopia del Registro Civil No. 25622945 del menor Luis Alfredo Llorente Orozco; cuyos padres son Marelvis Orozco Pérez y Luis Alfredo Llorente Orozco. (Fl. 11)
- * Fotocopia de la C.C. No. 23.144.864 de la señora Marelvis Orozco Pérez, cuya fecha de nacimiento es el 20 de septiembre de 1964. (Fl. 12)
- * Fotocopia de receta médica a nombre del menor Luis Alfredo Llorente Orozco, prácticamente ilegible, suscrita por el Dr. Pedro Pérez Rosales del Centro de Cirugía Láser Ocular. (Fl. 13)
- * Original de declaración extrajuicio rendida y suscrita ante la Secretaría de Gobierno del

municipio de Santa Rosa de Lima, Norte de Bolívar, el 28 de agosto de 2006, por las señoras Amalfi Batista Bellido y Angela Gómez Guerrero residentes en los barrios el Paraíso y el Tamarindo, respectivamente, del municipio de Santa Rosa, en la que afirman “Que del conocimiento directo que tenemos de la señora MARELVIS OROZCO PEREZ, identificada con C.C. No. 23.144.864 expedida en Santa Rosa (Bolívar) sabemos y nos consta que ella es ama de casa, es una persona de escasos recursos económicos, no trabaja en ninguna entidad pública ni privada, no devenga salario ninguno, ella y sus hijos dependen económicamente de su compañero. Que ella no tiene solvencia con que (SIC) subsanar (SIC) los gastos de los medicamentos de su hijo menor de nombre LUIS ALFREDO LLORENTE OROZCO.” (Fl. 14)

La demanda fue repartida al Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena quien, mediante Auto del 9 de octubre de 2006, se declaró incompetente para conocerla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, y la remitió a la oficina judicial para nuevo reparto. (Fl. 15)

Hecho el nuevo reparto, le correspondió conocer la demanda al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena quien, mediante Auto del 11 de octubre de 2006, aprehendió su conocimiento. (Fl. 16) Así mismo, por Auto de esa fecha resolvió: i.) admitir la demanda; ii.) notificar a las partes y requerir a la entidad accionada para que dentro del término de 2 días informara al Despacho sobre los hechos objeto de tutela; iii.) prevenir a la entidad accionada en cuanto a que el informe requerido se entienda prestado bajo la gravedad del juramento y que en caso que no lo rindiera dentro del término fijado, se tendrían por ciertos los hechos manifestados por la accionante y se resolvería de plano; iv.) requerir a la demandante para que acreditara que no cuenta con los recursos económicos para realizarle los exámenes a su menor hijo y v.) tener como pruebas los documentos aportados conjuntamente con la solicitud de tutela. (Fl. 17)

En cumplimiento de lo dispuesto por el Juez, la demandante allegó un documento, de fecha 23 de octubre de 2006, mediante el cual manifestó que no posee recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de la enfermedad de su menor hijo, la cual le impide al niño el normal desarrollo de las actividades que a su edad debería realizar. (Fl. 20)

3. Contestación de la demanda

La entidad accionada no rindió el informe solicitado por el Juez ni contestó la demanda.

4. Decisión objeto de revisión

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, mediante providencia del 26 de octubre de 2006, denegó la tutela invocada, al estimar que la entidad accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales del menor Luis Alfredo Llorente Orozco, aunque aquella no rindió el informe solicitado, ni justificó tal omisión, lo que hace que se tomen como ciertos los hechos de la demanda. (Fls. 21-28)

A juicio del a quo el derecho a la salud puede ser protegido por vía de tutela en forma autónoma e independiente, según se desprende de la sentencia T-484 de 1992 de la Corte Constitucional, que trae en cita.

Así mismo, señaló que conforme lo dispuesto en el artículo 4º del Acuerdo No. 72 de 1997, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, los beneficiarios del régimen subsidiado de salud que requieran medicamentos y/o procedimientos no incluidos en el POS-S y que no tengan capacidad de pago podrán acudir a las instituciones públicas y a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales están en la obligación de atenderlos, de acuerdo con su capacidad de oferta y con la facultad de cobrar una cuota de recuperación conforme las normas vigentes sobre la materia.

En cuanto a la solución propuesta por la Corte Constitucional en casos como el que se estudia, señaló que existe la posibilidad de i.) ordenar a las instituciones de salud que hacen parte del Estado que asuman el tratamiento correspondiente o ii.) inaplicar las normas reglamentarias, haciendo prevalecer las constitucionales, ordenando a las entidades comprometidas con la pretensión del actor que asuman el costo del tratamiento o medicamento de manera directa, tal como se estableció en la sentencia T-484 de 2002, que citó. También se refirió a los casos estudiados en las sentencias T-480 de 2002 y T-452 de 2001, para ejemplificar lo anterior.

En síntesis, concluyó que cuando una ARS no está obligada a practicar un procedimiento o intervención, ni a suministrar los medicamentos ordenados, por no estar en el POS-S, la protección del derecho a la salud, cuando adquiere el carácter fundamental por conexidad, puede llevarse a cabo a través de las alternativas antes mencionadas y corresponde al juez de tutela analizar las circunstancias especiales de cada caso, para adoptar la decisión considerando el grado de afectación del derecho fundamental involucrado.

En ese orden de ideas, estimó que CAPRECOM A.R.S., accionada, no ha vulnerado derecho alguno del menor Luis Alfredo, toda vez que cumplió con su obligación de i.) informar que el servicio solicitado (los exámenes) son no POS-S y ii.) remitir a la madre del menor a la entidad territorial correspondiente -la Secretaría Departamental de Salud-, para que sea ésta la que proporcione todo lo necesario para la práctica de los exámenes.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela reseñada, con base en la Constitución Política (Arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (Arts. 33 al 36) y en cumplimiento del Auto del (9) de febrero del año 2007, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos (2) de esta Corporación.

2. Objeto de la revisión y materia sometida a examen

En esta oportunidad, corresponde a la Corte revisar el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, que negó la tutela del derecho a la salud del menor Luis Alfredo Llorente Orozco dentro del proceso de la referencia, para verificar si fue adecuado a las normas superiores, a la ley y a la jurisprudencia constitucional sobre esa materia.

El problema jurídico que corresponde resolver a la Sala consiste en establecer si se respetaron los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y los de los niños, al menor Luis Alfredo Llorente Orozco, con la negativa de CAPRECOM A.R.S. a realizarle los exámenes que fueron ordenados por su médico tratante y que requiere para recuperar la visión por el ojo izquierdo.

3. Los derechos de los niños en la Constitución de 1991

La Constitución Política destaca la protección especial de los menores de edad en su artículo 44, según el cual los derechos de los niños y niñas tienen carácter especial y prevalente y son de naturaleza fundamental. Algunos de esos derechos son: a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, tener una familia y no ser separados de ella, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Además, también gozarán de los demás derechos establecidos en la Constitución, las leyes y en los

tratados internacionales.

La Constitución reconoce no sólo la índole fundamental de los derechos de los niños y niñas y su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también la protección de la cual deben ser objeto y el compromiso de la familia, de la sociedad y del Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

El derecho a la vida de los niños ha sido establecido en infinidad de normas de carácter nacional e internacional¹ y la Corte Constitucional ha sido fecunda y prolífera en la producción de jurisprudencia relativa a la protección de ese y de los demás derechos de los niños.

Ahora bien, otro derecho fundamental, autónomo, en el caso de los niños, que son sujetos de especial protección, es el derecho a la salud, como se verá a continuación.

4. El derecho a la salud es fundamental autónomo y prevalente cuando se trata de los niños. Procedencia de la acción de tutela para proteger este derecho. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha reiterado que los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, entre otros, son fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política. En efecto, la condición de fundamentales de esos derechos es independiente y autónoma², y, en consecuencia, no es necesario establecerles conexidad con otros derechos de esa categoría para su reconocimiento, como sucede cuando se trata de otro tipo de personas. Por lo mismo, se entienden prevalentes³ sobre los derechos de los demás y, cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional⁴. La Corporación lo ha dicho de la siguiente manera:

“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional”⁵.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en sostener que cuando se trata de los niños, que son sujetos de especial protección, derivada precisamente de la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentra sujeta esa población infantil, se pretende garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, dando así cumplimiento al principio legal del interés superior, tal como ocurre con los derechos a la salud y a la seguridad social, que tiene carácter fundamental autónomo, mientras que esos mismos derechos referidos a otras personas, en principio, son derechos de naturaleza prestacional, porque se trata de un servicio público a cargo del Estado⁶, y el carácter de fundamentales lo adquieren sólo por conexidad, cuando con su afectación se pone en riesgo o se vulnera un derecho definido como fundamental y, por lo tanto, es necesario proteger los prestacionales para salvaguardar los fundamentales.

Por lo tanto, es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.⁷

En síntesis, la Corte ha dicho que “categorizar de manera distinta tales atributos de los niños, constituye entonces una verdadera e injustificada desatención tanto al mandato constitucional que de manera clara y explícita les confiere el rango de fundamentales, como al desarrollo que el intérprete de la Carta Suprema ha dado a la disposición”.⁸

En consecuencia, como el artículo 86 de la Constitución Política estableció que la acción de tutela es un mecanismo expedito para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados, es claro, como lo ha sostenido esta Corporación, que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, por tener expresamente la categoría de fundamentales en la Constitución, son autónomos para efectos de ser protegidos por el juez constitucional de manera directa por esta vía, pues, como ya se indicó, no requieren de la conexidad que sí necesitan otros derechos con alguno de rango fundamental para que proceda su protección por vía de tutela. La Corte ha sido enfática en esta posición en su jurisprudencia, como pasa a señalarse:⁹

“Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son fundamentales, según el artículo 44 de la Constitución Política. De acuerdo con la disposición enunciada y a diferencia de lo que se predica de tales derechos en relación con las demás personas, la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental y, en cuanto interesa a la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos, ésta procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración significan amenaza o vulneración de derechos fundamentales como la vida y la integridad personal”.¹⁰.

“Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”.¹¹

Efectivamente, el juez constitucional no puede invocar el carácter prestacional de los derechos a la salud y a la seguridad social cuando su estudio se relaciona con la eventual vulneración en cabeza de los niños y tampoco podrá exigir su conexidad con otros derechos de carácter fundamental, pues por la expresa referencia del artículo 44 de la Constitución Política, son fundamentales y prevalecen sobre los derechos de los demás¹²; situación esta por la que, además, la jurisprudencia también ha sido enfática en cuanto a que es obligación del Estado ofrecer una protección eficaz a los mismos. Así lo ha dicho la Corte:

“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”.¹³

“El Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho. Ello, se reitera, por

considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de especial atención hacia ellos".¹⁴

En ese orden de ideas, no cabe duda que los niños son beneficiarios directos de la atención que debe brindar el Estado respecto de las necesidades que demandan para proteger sus derechos constitucionales fundamentales, por remisión expresa de la Constitución Política.

Ahora bien, respecto al vínculo del derecho a la salud con el derecho a la vida, la Corte ha sostenido que no se origina únicamente con la puesta en peligro de la existencia biológica de la persona, sino que también comprende la garantía de subsistencia en condiciones dignas. Así, en la sentencia T-175 de 2002¹⁵ se estableció que la noción del derecho a la vida se relaciona de manera inescindible con el concepto de la dignidad humana, de la siguiente manera:

"[la vida] supone un derecho constitucional fundamental no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima afectación posible del cuerpo y del espíritu"¹⁶.

De manera que, cuando se alegue como vulnerado el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, el juez constitucional debe considerar no sólo las circunstancias que ponen en riesgo la existencia biológica de la persona, sino también aquéllas que le permitan el desarrollo de su proyecto de vida en condiciones dignas.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer que el derecho a la salud -en conexidad con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal- se vulnera, entre otras circunstancias, cuando una entidad encargada de prestar el servicio de salud decide negar la práctica de un tratamiento o el suministro de algún medicamento, arguyendo exclusivas razones de tipo contractual o legal, que resultan desproporcionadas e irrazonables frente a la efectividad de los precitados derechos. Por esta razón, en estos eventos, el afectado puede acudir a la acción de tutela como mecanismo de

protección constitucional, a fin de obtener la protección de los derechos que considera conculcados.

Aunque la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente para solicitar la protección del derecho a la salud, en aquellos eventos en que se encuentra comprometido -en relación de conexidad- el derecho fundamental a la vida, dicha protección no es -de manera alguna- absoluta y exige la verificación y el cumplimiento de un conjunto de reglas que por vía jurisprudencial se han reconocido para permitir la viabilidad del mecanismo de amparo constitucional, ante la negativa de una entidad encargada de la prestación del servicio de salud de brindar la atención médica requerida¹⁷, derivada de las exclusiones que frente a sus servicios se prevén en el POS-S.

Por lo tanto, para la procedencia de la protección por vía de tutela del derecho a la salud se exige, previamente, la necesidad de establecer: i.) si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado; ii.) que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, 'siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente'¹⁸; iii.) la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud y iv.) es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.¹⁹

En este sentido, en aquellos eventos en que la falta de práctica del tratamiento o del procedimiento médico que necesita el paciente pueda llegar a generar un detrimento en su salud, al punto que le impida asegurar la efectividad de los derechos de carácter fundamental -como son la vida, la integridad personal o la dignidad humana- es obligación de la entidad que presta el servicio público de salud hacer efectiva su realización, con el fin de evitar el quebrantamiento de las citadas garantías constitucionales.

Cumplido lo anterior, es indispensable que la persona que solicita la práctica de un

tratamiento médico o el suministro de un medicamento que no se encuentra dentro de la cobertura del POS-S, realmente no pueda sufragar su costo y que además no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción en el sentido de que cuando el afectado es una persona que está inscrita en el régimen subsidiado de salud y fue clasificada por la encuesta SISBEN, ella carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los tratamientos, procedimientos, cirugías o medicamentos que le hayan sido prescritos por el médico tratante de la ARS a la que se encuentre afiliado²⁰. No obstante tal consideración, la presunción así descrita puede ser desvirtuada, siempre que se demuestre que el usuario del sistema cuenta con la capacidad económica para sufragar el servicio médico que solicita.

Finalmente y en relación con el último de los requisitos señalados, la Corte Constitucional ha establecido que es necesario que los tratamientos, medicamentos, intervenciones o procedimientos, hayan sido prescritos u ordenados por un médico adscrito a la entidad encargada de la prestación de los servicios de salud, por lo que de no cumplirse con esta exigencia, la entidad no tendría ninguna obligación de proporcionar el servicio médico requerido²¹.

Ahora bien, una vez verificado el cumplimiento de los mencionados requisitos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela tiene dos alternativas para la protección efectiva de los derechos fundamentales de aquel que solicita el amparo:

Entonces el juez puede: i) ordenar a la ARS correspondiente que ella misma gestione la prestación del tratamiento, la práctica del procedimiento o el suministro de los medicamentos requeridos por el paciente, siempre y cuando se encuentre en la capacidad de realizarlo, y en ese caso se le autoriza para que repita o bien contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud -FOSYGA- o contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital respectiva²² o ii) ordenar a la ARS que coordine con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario.

Esta doble posibilidad de solucionar el problema, según lo ha establecido la Corte Constitucional, obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud, ya que éste se financia, por un lado, de los recursos del FOSYGA y, por el otro, con los del

subsector oficial de salud que se destinen para el efecto, pero el punto común de las dos alternativas de solución parte de reconocer la vulneración de un derecho fundamental - generalmente del derecho a la salud o a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de la persona- lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de la acción de tutela²³.

Con fundamento en la jurisprudencia reiterada y en los criterios expuestos, la Sala pasa a pronunciarse sobre la tutela solicitada en el caso concreto.

6. El caso concreto

La señora Marelvis Orozco, actuando en nombre y representación de su menor hijo, Alfredo Llorente Orozco de 12 años de edad, instauró acción de tutela contra Caprecom A.R.S. al estimar vulnerados los derechos fundamentales de los niños, a la vida, la salud y la integridad física de su hijo, por la omisión de la accionada en ordenar la práctica de unos exámenes que el niño requiere para el tratamiento de la “MIOPIA CONJUNTIVITIS ALERGICA” que fue diagnosticada por su médico tratante y ratificada en el Centro de Cirugía Láser Ocular, donde le ordenaron la realización de una “TOPOGRAFIA CORNEAL COMPUTARIZADA, una PAQUIMATRIA POR QUERATOCOMO (SIC).” -negrilla original-

La madre del menor asegura que presentó la orden de los exámenes a Caprecom ARS para que le fueran autorizados, pero la respuesta fue negativa, aduciendo que se encuentran por fuera del POS-S, por lo que ella misma señala que remitieron el caso a la entidad territorial correspondiente y le indicaron que asumiera el costo de la práctica de los exámenes, pero asegura que es totalmente imposible porque es una persona de escasos recursos y, en consecuencia, solicita se ordene a la ARS Caprecom que practique los exámenes solicitados.

La entidad accionada no respondió el requerimiento del juez de tutela y, no obstante asumir como ciertos los hechos, el Juez negó la tutela considerando que la accionada no había vulnerado los derechos fundamentales cuya protección invoca la madre en nombre de su menor hijo, porque cumplió con su obligación de informarle a la señora que los exámenes requeridos son no POS-S y la remitió a la entidad territorial correspondiente -Secretaría Distrital de Salud-, tal como, según afirma, lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional que trae en cita en su sentencia.

En ese orden de ideas, lo procedente es verificar el cumplimiento de las reglas de procedibilidad de la acción de tutela para estos casos, de conformidad con los criterios que la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades, para inaplicar por vía de acción de tutela las exclusiones consagradas en la normatividad vigente. Así, la Sala concluye que en el presente caso se reúnen los referidos criterios, tal como se pasa a establecer.

i.) En el presente caso es comprensible que la falta de realización de los exámenes requeridos por el menor y que, según lo señala su señora madre, no están dentro del POS-S no vulnera el derecho a la vida del niño, entendido ese derecho en su sentido biológico. Sin embargo, como se señaló anteriormente, entendido el derecho a la vida en un sentido más amplio, el cual involucra la dignidad del ser humano, esa omisión sí tiene la potencialidad de menguar la integridad personal del menor, en la medida que su enfermedad está poniendo en riesgo su facultad de visión, especialmente en el ojo izquierdo, con la posibilidad de llegar a perderla. Esa circunstancia evidencia el cumplimiento de esta regla.

ii.) En el expediente no obra prueba alguna o manifestación por parte de la entidad accionada que permita concluir que los exámenes solicitados pueden ser sustituidos por otros, que sí se encuentren cubiertos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, POS-S, pues la entidad accionada no respondió la demanda de tutela ni el requerimiento de informe formulado por el juez de tutela. Por eso es del caso sostener que tales alternativas no le fueron sugeridas a madre del niño por el médico tratante.

iii.) En cuanto a la falta de capacidad económica de la señora Orozco para sufragar el costo de los exámenes requeridos por el menor, tal y como se expuso con anterioridad, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción en el caso de las personas que pertenecen al régimen subsidiado y que han sido clasificados por la encuesta SISBEN, por lo que, en estos eventos, las condiciones descritas permiten presumir que el peticionario no cuenta con los recursos suficientes para sufragar por sí mismo el costo de los medicamentos, procedimientos o tratamiento que solicita.

Dentro del expediente obran las siguientes pruebas: a.) fotocopia del carné de afiliación del menor Luis Alfredo Llorente Orozco a Caprecom ARS que acredita que su estrato socioeconómico es No. 1 (Fl. 9); b.) declaración extrajuicio rendida y suscrita ante la Secretaría de Gobierno de Santa Rosa de Lima, Norte de Bolívar, por la señoras Amalfi Batista

Bellista Bellido y Angela Gómez Guerrero, residentes de los barrios el Paraíso y el Tamarindo, respectivamente, en la que afirman que “del conocimiento directo que tenemos de la señora MARELVIS OROZCO PEREZ, identificada con C.C. No. 23.144.864 expedida en Santa Rosa (Bolívar) sabemos y nos consta que ella es ama de casa, es una persona de escasos recursos económicos, no trabaja en ninguna entidad pública ni privada, no devenga salario ninguno, ella y sus hijos dependen económicamente de su compañero. Que ella no tiene solvencia con que (SIC) subsanar (SIC) los gastos de los medicamentos de su hijo menor de nombre LUIS ALFREDO LLORENTE OROZCO” (Fl. 14) y iii.) la propia declaración de la madre del niño en el libelo de la demanda. Por lo tanto, en este caso queda ratificada la presunción de que la madre del menor no cuenta con recursos económicos para cubrir el valor de los exámenes que el niño requiere, además de que esa presunción no fue desvirtuada ni controvertida por la entidad accionada porque, como se anotó, no contestó la demanda de tutela.

iv.) Respecto a la exigencia de que los exámenes hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad demandada, la Sala encuentra que en el expediente obra prueba de la orden de los mismos, y de la remisión del médico general al oftalmólogo, que fue quien finalmente se los ordenó (Fls. 7, 8 y 13). Así mismo obra Fotocopia del Formato de Negación de Servicios de Salud o Medicamentos de la Superintendencia Nacional de Salud, suscrita por un funcionario de CAPRECOM y por la demandante, con la anotación de la negativa a practicar los exámenes requeridos por el menor, por no estar cubiertos por el POS-S (Fl. 10), de lo que se concluye que la negativa fue por esa causa, valga decir por ser no POS-S, y no porque no fueran prescritos por un médico adscrito a la ARS demandada. Adicionalmente, la entidad demandada no adujo nada respecto de esta situación (porque no respondió la demanda de tutela), de manera que no podría entonces exigírsele a la demandante que demostrara la calidad del médico tratante cuando se trata de un asunto que no fue discutido por la A.R.S. accionada, ni alegado, se repite, como razón para negar la realización de los exámenes médicos ordenados.

En ese orden de ideas, y comoquiera que no se encuentran elementos que lleven a inferir que el médico no se encuentra adscrito a la entidad demandada, toda vez que ésta última no adujo ningún argumento en ese sentido, para esta Sala el requisito exigido por la jurisprudencia constitucional se encuentra cumplido.²⁴

En consecuencia, es evidente que en el presente caso se encuentra debidamente acreditado

el cumplimiento de las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la salud y a la integridad física del menor Luis Alfredo Llorente Orozco y, en particular, para disponer dicha protección a cargo de Caprecom ARS.

Por lo tanto, la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, el 26 de octubre de 2006, dentro del proceso de la referencia y, en su lugar, concederá la tutela solicitada, para lo cual ordenará a Caprecom ARS que, si aún no lo ha hecho, proceda a realizar directamente los exámenes requeridos por el menor Luis Alfredo Llorente Orozco y que fueron prescritos por su médico tratante, para verificar el diagnóstico de la patología que padece, autorizando a dicha entidad para que repita contra la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar, de conformidad con el artículo 214 de la Ley 100 de 1993 y con los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001, toda vez que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos no puede ir en desmedro de los legítimos intereses económicos de los particulares que prestan los servicios de salud, previa habilitación del Estado.

Sin embargo, se advertirá que la repetición sólo puede adelantarse por aquellos exámenes que efectivamente no se encuentran incluidos en el POS-S, como quiera que, en caso contrario, la obligación de su suministro correspondería directamente a la ARS accionada.

III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, el 26 de octubre de 2006, mediante la cual negó la tutela invocada y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos a la salud y a la integridad física del menor Luis Alfredo Llorente Orozco, solicitada por su señora madre, Marelvis Orozco Pérez.

SEGUNDO.- ORDENAR a Caprecom A.R.S. que, si aún no lo ha hecho, dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a realizar directamente los exámenes de “Topografía corneal computarizada y Paquimetría” ordenados

al menor Luis Alfredo Llorente Orozco por su médico tratante.

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

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 C.P. Arts. 11, 43 y 44; Código del Menor, Art. 4º; Ley 83 de 1946 (Ley Orgánica de la Defensa del Niño) Arts. 99, 109 y 120; Ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Art. 24; Decreto 2388 de 1979 (Por el cual se reglamentan las Leyes 75 de 1968, 27 de 1979 y 7ª de 1979), Arts. 32, 74 y 75; Ley 16 de 1972 (Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”) Art. 19; Ley 12 de 1991 (Convención sobre los Derechos del Niño), Art. 6; Ley 294 de 1996 (Medidas para la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar), Art. 3º; Ley 51 de 1981 (Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”), Art. 11 y 12; Ley 468 de 1998 (Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile”); Ley 509 de 1999 (Por la cual se disponen unos beneficios en favor de Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional);

Declaración de los Derechos del Niño, Principios 1 y 2; Declaración sobre Protección de la Mujer y del Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 25, numeral 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10, numeral 2; Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III). Artículos 3 y 19; Convenio de Ginebra Relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV), Arts. 3, 17, 32, 68 y 75; Código Civil, Art. 91.

2 Ver sobre este tema, entre muchas otras, las sentencias: T-185 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-152 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-101 de 2006 y T-762 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-754 de 2005 y T-1008 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-747, T-704, T-656, T-409, T-365 y T-364 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-740 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

3 Sobre la prevalencia del derecho a la salud de los niños se pueden consultar, entre muchas, las sentencias T-037 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-036 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-1254 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-1245 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

4 Sentencia T-223 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Ver entre muchas otras las sentencias SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-322 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell y SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

6 Ver sentencias T- 752 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-248 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

7 Cft. Sentencia T-956 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

8 Sentencia T-747 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Henández.

9 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-704 y T-747 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Henández; T-582 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-265 y T-342 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-069 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-05 de 2005, M.P. Manuel José

Cepeda Espinosa.

10 Sentencia T-286 de 1998, MP. Fabio Morón Díaz. Ver, en el mismo sentido, entre otras, las sentencias T-556 de 1998 y T-514 de 1998, MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-322 de 2004 MP. Jaime Araujo Rentería.

11 Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Sentencia T- 556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

13 Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis.

15 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

16 Ver sentencia T-645 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

17 Al respecto pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-1138 de 2005 y T-001 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

18 Sentencia T-406 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

19 Sentencia T-1213 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

20 Ver, entre otras, las sentencias T-956 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis; T-410 de 2002 y T-287 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-256 de 2002 y T-350 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-991 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-1125 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

22 Esta posibilidad encuentra fundamento en lo establecido en los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001, los cuales se refieren a las competencias de los departamentos y distritos en materia de salud. Las normas señaladas establecen como una de las funciones de estas entidades territoriales, la de gestionar la prestación de los servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda, mediante instituciones prestadoras del servicio de salud públicas o privadas y la de financiar directamente con recursos propios la prestación de dichos servicios a la población más pobre. Y, de acuerdo con el párrafo 1º del artículo 214

de la Ley 100 de 1993, los recursos que destinen las direcciones seccionales, distritales y locales de salud al régimen de subsidios en salud se manejan como una cuenta especial, aparte del resto de recursos dentro del respectivo fondo seccional, distrital y local.

23 Al respecto puede consultarse, entre otras, la sentencia T-264 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

24 En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias, T-710 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-026 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis.