

Sentencia T-424/03

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Prueba de la incapacidad económica de los padres

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de tirillas para medición de nivel de azúcar

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-694044

Acción de tutela instaurada por Danilo de Jesús Valencia Cárdenas contra la E.P.S. Comfenalco.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil tres (2003).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Penal Municipal de Medellín en el trámite de la acción de tutela iniciada por Danilo de Jesús Valencia Cárdenas contra la E.P.S. Comfenalco.

I. ANTECEDENTES.

Los hechos expuestos en la tutela se reseñan así:

El señor Danilo de Jesús Valencia, actuando en representación de su hijo menor de edad CARLOS ALBERTO VALENCIA HENAO, cuenta en su demanda que es afiliado a la E.P.S. Comfenalco, donde su hijo es beneficiario.

Hacia finales del año 2002 los padres del menor notaron grandes cambios en su crecimiento, una forma exagerada de adelgazamiento y en general gran deterioro en la salud. Una vez realizados los exámenes se concluyó que el niño era diabético para lo cual necesitaba asistir periódicamente a las consultas médicas e inyectarse insulina dos veces al día. La insulina fue autorizada por la entidad accionada, no así los elementos para medir la cantidad de insulina que debe inyectarse periódicamente. Las tirillas de medición de la insulina que sirven para controlar y medir el nivel de azúcar en la sangre, son elementos de alto costo según indicó el accionante en escrito enviado posteriormente a la Corte Constitucional, y por lo tanto, el salario mínimo que devenga, junto con la manutención de tres hijos más, no le permite adquirirlas. Solicita, en consecuencia, que la entidad accionada le suministre las tirillas necesarias para controlar la diabetes de su hijo.

II. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES COMPROMETIDAS.

La E.P.S. Comfenalco, en respuesta al Juzgado de instancia, indicó que ciertamente lo solicitado por el padre del menor está excluido del P.O.S., pero precisó que “el hecho de que el joven afiliado tenga que utilizar un elemento que se encuentra por fuera de la lista de prestaciones consagradas en la normatividad reglamentaria de la Ley 100 de 1993, no quiere decir que la EPS esté vulnerando sus derechos fundamentales. Antes bien, lo que está haciendo la EPS es cumplir con la ley, y nunca puede predicarse la violación de un derecho constitucional fundamental por parte de una entidad que se ajusta estrictamente en su actividad a lo ordenado en la normatividad legal que la rige”.

III. SENTENCIA QUE SE REVISA.

El Juzgado Treinta y nueve Penal Municipal de Medellín, en sentencia de 30 de diciembre de 2002, declaró improcedente el amparo reclamado por el tutelante, al considerar que lo que se reclama por vía de tutela no tiene conexión alguna con el derecho a la vida, son elementos ajenos al derecho a la salud, y por tanto la parte demandada no está en la obligación de suministrarlos.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Legitimación para actuar en el caso de la referencia.

Establece el artículo 10 de decreto 2591 de 1991 que “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí mismo o a través de representante...”. Y agrega, “también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

Según esta norma, está legitimado para hacer uso del mecanismo que consagra el artículo 86 de la Constitución, el titular del derecho fundamental que se dice vulnerado; en su defecto, el representante de éste y previsto así por la ley, los padres respecto de los hijos menores de edad, como es el caso que se revisa.

3. Asunto bajo revisión. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con jurisprudencia consolidada de esta Corporación la salud y la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, pues son una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política.

La propia Constitución, en su artículo 44, consagra a la salud como un derecho fundamental junto con el de la seguridad social, y es así como dispone que son derechos fundamentales de los niños, entre otros, “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...”, siendo todos ellos susceptibles de protección constitucional por vía de la acción de tutela.

La sentencia T-610 de 2000 al respecto señaló:

“No hay ninguna duda que la seguridad social y la salud de los niños son derechos constitucionales de carácter fundamental, tal y como lo prevé el artículo 44 de la Constitución Política 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 afectan derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.” 1

“Es indudable que en el evento bajo estudio están en juego los derechos de un niño, y la Constitución consagra un régimen de protección especial para los menores, en el que se proclama la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás. Además, en aplicación de ese régimen especial, la Corte Constitucional ha reiterado que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales por expresa disposición del artículo 44 de la Carta Política”.

Entre las muchas oportunidades en las cuales la Corte ha aludido al tema del derecho a la salud es pertinente destacar la sentencia T-484/92, en la cual se dijo:

“El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón a que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí de control de tutela”.

Como puede advertirse, entonces, es procedente la tutela del derecho a la salud de los niños y el juez constitucional debe ser consciente de que esa protección es imperativa pues unas instancias de poder que reniegan de ellos, acompasadas con unos jueces que se desentienden de su protección constitucional cuando ella es procedente, no generan ninguna expectativa de futuro: Del niño que hoy es desprovisto de sus derechos fundamentales no cabe esperar el ser integral y libre del mañana.²

En ese orden de ideas, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, esta Corporación

también tiene establecido que la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos.³

No obstante, en determinados casos la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el P.O.S. puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar de ese modo que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.⁴

Sin embargo, no en todos los casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, pues no siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales. En efecto, se requiere que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado,⁵ pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

Por ende, y siguiendo *mutatis mutandi* los criterios establecidos por esta Corte en los casos de períodos de carencia, la Corte recuerda que la aplicación sin contemplaciones de las limitaciones y exclusiones previstas en las regulaciones que definen el P.O.S. vulnera el derecho constitucional a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento no incluido en el P.O.S., cuando (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.

En tales eventos la E.P.S. se encuentra obligada a prestar el servicio, pero, como es obvio, y para preservar su equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado,

específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, tal y como esta Corporación lo ha señalado en sentencias precedentes.

Con estos criterios entra la Corte a estudiar el caso del peticionario.

4. Del caso que se revisa.

Se trata de determinar si la negativa de la entidad accionada en suministrar al padre de un menor que padece diabetes, unos elementos denominados tirillas de medición de glucemia,6 viola el derecho fundamental a la salud de un menor.

De los datos allegados al expediente la Sala destaca las siguientes pruebas, que serán tenidas en cuenta para decidir la cuestión:

El padre del menor manifiesta que no tiene capacidad económica para cubrir el costo de las tirillas que requiere el menor. Tal afirmación no fue desvirtuada en el expediente; por el contrario, en escrito de abril 24 de 2003 dirigido a esta Corporación, específicamente a la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, reiteró la solicitud de la demanda de tutela en cuanto al suministro de las tirillas, e indicó que no cuenta con los recursos suficientes para adquirirlas, señalando lo siguiente:

“Por circunstancias de la vida y una insuficiencia orgánica, mi hijo se ve afectado de la enfermedad llamada DIABETES MELLITUS, la cual hasta ahora nadie en nuestra familia había padecido, por lo cual la descartamos como problema hereditario. El hecho que mi hijo la esta padeciendo y no contamos con los medios económicos para atenderlo debidamente en cuanto a la consecución de ciertos elementos que son esenciales para el tratamiento adecuado de dicha enfermedad y que si nos descuidamos ocasionaría la muerte de nuestro hijo; es de público conocimiento aún en personas que no tenemos conocimientos médicos que esta enfermedad puede ocasionar la muerte de estos pacientes cuando no se suministran los elementos requeridos para el respectivo tratamiento.

“Doctora, mi situación es la siguiente: soy un padre de familia que tengo a mi cargo tres hijos, uno de ellos es mayor pero desempleado hasta ahora a pesar que se ha capacitado, los otros dos estudian y los gastos que generan recaen sobre el presupuesto familiar de por sí muy reducido, porque mi salario es el mínimo establecido por el gobierno nacional; también a

nuestra situación agregamos la pérdida violenta de nuestro segundo hijo en el mes de diciembre, lo que originó que hemos tenido que abandonar nuestra vivienda propia e irnos a pagar arriendo, haciendo mas complicada nuestra situación económica.

“Doctora, es complicado en la actual situación sostener la compra de algunos elementos que la E.P.S. no provee para el tratamiento de mi hijo, aduciendo que no están dentro del P.O.S.. Estos elementos básicamente las TIRILLAS, las cuales tienen un costo de \$1200 la unidad, siendo dos exámenes diarios y en la última consulta el médico los aumentó a cuatro porque tenía muy descontrolado el nivel de azúcar; sumando esta cantidad daría al mes si fueran dos exámenes \$66000, lo cual afecta grandemente el patrimonio familiar.”.

Con toda la información reseñada, se deduce que la salud del menor esta en alto riesgo si no se facilitan las condiciones para controlar el nivel de azúcar en la sangre⁷ y para desde allí saber en qué estado se encuentra la enfermedad que padece. No existe dentro del expediente prueba de la entidad accionada que señale un procedimiento similar al de las tirillas, que sí se encuentre en el listado del P.O.S., por lo tanto, concurren en este caso los elementos exigidos por la jurisprudencia en situaciones análogas en donde la Corte ha reiterado que los derechos de los menores son prevalentes, y todo lo que atente contra la debida prestación del servicio debe entenderse como un acto contrario a derecho pues quebranta los principios de eficiencia y continuidad que le son propios (T-1071 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Aplicando pues los criterios de la jurisprudencia y en cumplimiento de su función de protección de los derechos constitucionales fundamentales, la Corte ha considerado que el amparo constitucional procede cuando se omiten cirugías, exámenes con carácter diagnóstico, medicamentos, etc, que pueden mejorar la salud y la calidad de vida de un menor. Así, en acciones de tutela revisadas por esta Corporación, se ha ordenado a las entidades comprometidas el suministro de terapias ocupacionales (T-1071 de 2001), la realización de intervenciones quirúrgicas (T-972 de 2000), evaluaciones neuropsicológicas (T-1087 de 2001), suministros de corsé ortopédicos (T-480 de 2002)⁸, entre otros, pues de no hacerlo, la vida digna de los menores se afectaría gravemente. Son precedentes aplicables a este caso, por cuanto la decisión adoptada en dichos fallos recordó que el derecho fundamental a la salud de un menor es tutelable, entre otros requisitos, cuando se requiere atender una grave patología.

En consecuencia, demostrado para este caso el cumplimiento de las exigencias de la jurisprudencia constitucional para inaplicar las normas relativas a las exclusiones del P.O.S. cuando éstas atentan contra los derechos de los menores, la Corte concederá la tutela pero facultará a Comfenalco para que repita contra el Fosyga por el gasto asumido en la entrega de las tirillas, cuyo suministro se ordenará todas las veces y por el tiempo necesario que el médico tratante así lo considere.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y nueve Penal Municipal de Medellín. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la vida del menor CARLOS ALBERTO VALENCIA HENAO.

Segundo. ORDENAR a la E.P.S. Comfenalco, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda, si aún no lo ha hecho, a autorizar al señor Danilo de Jesús Valencia Cárdenas la entrega de las tirillas de medición de glucemia que requiere el menor Carlos Alberto Valencia, todas las veces y por el tiempo que el médico tratante así lo ordene.

Tercero. INAPLICAR de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política y para este caso específico el parágrafo del artículo 12 de la resolución 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud y el artículo 7 del Acuerdo 08 de 1994, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Cuarto. Comfenalco podrá repetir contra el Fosyga por los gastos en los que incurra en el cumplimiento de este fallo.

Quinto. Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, en la Gaceta de la Corte Constitucional y

cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cfr. Sentencias T-887/99 MP. Carlos Gaviria Díaz, T-556/98 MP. José Gregorio Hernández, T-640/97 MP. Antonio Barrera Carbonell.

2 T-1265 de 2001 M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

3 Ver, entre otras, las sentencias SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999.

4 Corte Constitucional. Sentencias T-114/97; T-640/97 y T-784/98.

5 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Glucemia: presencia de azúcar en la sangre. Diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española, vigésima primera edición. Editorial Espasa. Se confirma así que la palabra aceptada es glucemia y no glicemia. En el mismo sentido Manual de Estilo de Publicaciones Biomédicas. Ediciones Doyma 1993.

7 Consultada la página Web se encontró que ciertamente el automonitoreo de la glucemia requiere del uso de tirillas reactivas que presentan, en uno de sus extremos, una superficie donde se coloca la gota de sangre extraída del dedo y que, al cambiar de color, permite

establecer cuales son los niveles de la glucosa en la sangre en el momento en el que se realiza la prueba. Estos cambios de color pueden ser visualizados directamente y comparados con una guía de colores ubicada en el propio frasco de tirillas o bien ser evaluados con el empleo de dispositivos especiales (glucómetros o autoanalizadores).
www.diabetesonline.com.ar

8 "...es injustificable que, por no estar incluidos en el plan obligatorio de salud, no se le suministre a Paula Andrea el corsé ortopédico y el medicamento que se requiere pues ese comportamiento es claramente vulneratorio de sus derechos a la dignidad humana, a la vida , a la salud y a la igualdad, mucho más si se trata de una persona que merece especial protección no solo por su condición de menor de edad sino también por su condición física y mental que la coloca en situación de debilidad manifiesta." (Sentencia T-480/02; M.P. Jaime Córdoba Triviño.