

Sentencia T-439/07

AGENCIA OFICIOSA-Procedencia en tutela

AGENCIA OFICIOSA EN CASO DEL MENOR-Procedencia y no aplicación de rigorismo procesal en cuanto a manifestación de no estar en condiciones de promover su propia defensa

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

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

INCAPACIDAD ECONOMICA-Carga de la prueba

DERECHO A LA SALUD-Negativa de la EPS de costear test de alergia

Referencia: expediente T-1540071

Acción de tutela de Miguel Wilmar Cobo Forero en representación de su hijo Daniel Cobo Ortiz contra la EPS SALUD TOTAL.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Catorce Penal Municipal con funciones de control de garantías de la ciudad de Santiago de Cali, el día 05 de enero del que año que avanza, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Miguel Wilmar Cobo Forero en representación de su hijo, Daniel Cobo Ortiz contra SALUD TOTAL EPS.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 11 de diciembre de 2006, el señor Miguel Wilmar Cobo Forero interpuso acción de tutela por considerar que SALUD TOTAL EPS le está vulnerando los derechos a la vida y a la salud a su hijo menor de edad. Para fundamentar su demanda señala los siguientes

1. Hechos

* Manifiesta el accionante que su hijo presenta alergias en el cuerpo, razón por la cual lo revisó una pediatra de Salud Total, la cual lo remitió a un especialista. El médico JORGE OSWALDO CASTRO del grupo médico "AUREC", valora al menor y da una orden para que se le realice una prueba de alergia para determinar el tipo de la misma y así poder tratarla.

* Asevera el accionante que tal orden se llevó a SALUD TOTAL para el examen del menor, pero la entidad manifiesta que el examen no lo cubre el POS y deben realizarlo por una entidad particular.

* Finalmente agregó: "...para este momento el niño presenta una tos constante, la cual le esta afectando el pecho y los oídos, además de presentar ronchas en todo el cuerpo..."¹.

1. Respuesta del ente demandado

Sostiene que como las pruebas de alergias están excluidas del POS, es al usuario a quien le corresponde asumir dicho costo o en su defecto al Estado en caso de que demuestre carecer de recursos económicos. Relaciona el artículo 18 de la resolución 5261 de 1994 emanada del Ministerio de Salud y en el que se mencionan las exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud, reafirmando que como la PRUEBA DE ALERGIA POR ALIMENTOS está excluida de aquel, por ser un servicio adicional y por no poder ser cubierto por la entidad promotora de salud, se le entregó a la usuaria el Formato de Negación de Servicios número

72861 y la remisión a la red pública para que le fuera practicado el examen en una de las Instituciones del Estado.

Se responde igualmente que para buscar la garantía y protección de los derechos constitucionales del menor DANIEL COBO ORTIZ, lo procedente es que la Secretaría de Salud, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 61 y 28 del decreto 806 de 1998, indique al usuario la institución a la que deberá ser remitida a efectos de que se surta la atención que se requiere. Al respecto relaciona la Sentencia T 486 de 1998 MP. DR. ALFREDO BELTRAN SIERRA en donde se ha ordenado a las entidades promotoras de salud suministrar los medicamentos e intervenciones que se requieran, aduciendo enfáticamente que si el Juez de tutela considera que la accionada debe autorizar la prestación del servicio solicitado por el accionante, solicita ordenar al Ministerio de la Protección Social a través del Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA, pagar a SALUD TOTAL los gastos en los que deba incurrir en el cumplimiento de lo ordenado. Menciona en forma extensa el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y su reglamentación y finalmente solicita: i) que se corra traslado de la acción de tutela a la Secretaría de Salud Departamental del Valle para que ordene que el afiliado sea atendido en la institución pública o privada con la cual tenga contrato y a la cual SALUD TOTAL le pagará el porcentaje correspondiente; ii) se deniegue la acción para en su lugar comunicarle al accionante que SALUD TOTAL no está obligada a la asunción del costo médico de la "PRUEBA DE ALERGIA", teniendo en cuenta que la misma no se encuentra cubierta por el POS y , iii) en caso de concederse la tutela se ordene a la Secretaría de Salud del Valle disponga lo necesario para que el beneficiario sea remitido a la institución pública o privada con la cual se tenga contrato ordenando al FOSYGA rembolsar a SALUD TOTAL las sumas que en exceso deba asumir en la atención del menor COBO ORTIZ y los demás servicios que deban prestársele y que no estén incluidos en el POS.

3. Pruebas que obran en el expediente

1- Junto con la acción de tutela, fotocopia de la cédula de ciudadanía del padre del menor y accionante, señor MIGUEL WILMAR COBO FORERO y fotocopia del carne de SALUD TOTAL del menor DANIEL COBO ORTIZ (Folio 1 y 2).

2- Fotocopia de la orden de "prueba de alergia" emitida por el galeno JORGE OSWALDO CASTRO A, del grupo médico especializado AIREC. (Folio 3).

3- Fotocopia del Registro Civil de Nacimiento de DANIEL COBO ORTIZ con fecha de inscripción julio 15 de 2003 (folio 4).

4. Respuesta de SALUDTOTAL EPS, de Diciembre 20 de 2006, a la petición presentada por el accionante MIGUEL WILMAR COBO FORERO, en donde informan que de acuerdo con la normatividad existente, la entidad no puede realizar la PRUEBA DE ALERGIA solicitada para el menor, por cuanto tal examen no se encuentra incluido en el POS (folios 9 al 16).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

Conoció de este proceso en primera instancia, el Juzgado Catorce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, quien luego de citar variada jurisprudencia de esta Corporación sobre el derecho a la vida y derechos de los niños, decidió "...NO TUTELAR por improcedente los derechos invocados en la presente acción por el señor MIGUEL WILMAR COBO FORERO, a favor del menor DANIEL COBO ORTIZ en contra de SALUD TOTAL E.P.S., por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión..."³ ; aduce para tomar tal decisión que el peticionario no anexó a la tutela prueba documental en donde se observe la negación de la prestación del servicio de salud que el menor requiere, del cual se pueda inferir lógicamente que la entidad SALUD TOTAL EPS le haya negado la autorización para la práctica del examen de PRUEBA DE ALERGIA y en tal orden coligen que los hechos por los que se acude a la acción de amparo nunca ocurrieron en el mundo real; el actor obvió el trámite que debió agotar antes de entablar esta acción y sin que se hubiere configurado acción u omisión contentivas de trasgresión de derechos fundamentales, se hizo uso indebido de la acción de tutela.

De igual manera en la decisión que se revisa, el Juzgador de primera instancia relaciona que el escrito presentado por la accionada, SALUD TOTAL EPS, no será tenido en cuenta por el Despacho ya que la señora MARIA JOSEFA CADAVID, quien dice ser representante legal de la demandada, no presenta el certificado de existencia y representación donde conste la calidad que dice tener.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a la Sala establecer si la EPS SALUD TOTAL ha desconocido el derecho fundamental a la salud del menor DANIEL COBO ORTIZ, quien se encuentra afiliado en calidad de beneficiario a dicha entidad y necesita un examen de "PRUEBA DE ALERGIA", por negarse a practicar tal examen aduciendo que el mismo no está contemplado en el Plan Obligatorio de Salud.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará en primer lugar, si en el caso bajo revisión están dados los supuestos para el ejercicio de la acción de tutela por medio de agente oficioso.

Seguidamente se referirá a las reglas jurisprudenciales que declaran que el derecho a la salud en el caso de los niños, es en si mismo un derecho fundamental autónomo y finalmente la Sala se referirá a los casos en los que es viable ordenar un medicamento o procedimiento excluido del POS.

Abordados estos asuntos, entrará a determinar si el menor DANIEL COBO ORTIZ tiene o no derecho al amparo solicitado.

3. Legitimación en la causa para promover la presente acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, en el que se regula entre otros, el tema de la legitimación en la causa y el interés para actuar en este tipo de acciones: "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". También podrán ejercerla el Defensor del pueblo y los personeros municipales"

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la agencia oficiosa es procedente cuando se

afirme que se actúa como tal y se encuentre probado que el representado está en imposibilidad de promover por sí mismo la acción de tutela y en consecuencia su defensa.

De igual forma, la Corte ha establecido que si se trata de agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de “manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños. En consecuencia, tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.”. En este sentido, la jurisprudencia de la esta Corporación considera: “cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competentes el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”. (Sentencia T-462/93 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ)

En el caso objeto de revisión el señor MIGUEL WILMAR COBO FORERO actúa en representación de su hijo DANIEL COBO ORTIZ, de quien está probado que es menor de edad según el registro civil de nacimiento que reposa a folio 4 de la presente actuación (nacido el 14 de julio de 2003), lo que efectivamente le imposibilita ejercer su propia defensa, motivo por el cual en el presente caso la agencia oficiosa resulta procedente.

4. El derecho a la salud, fundamental en el caso de los niños

Los derechos fundamentales de los niños a partir de la Constitución Política de 1991, y dentro del marco del Estado Social de Derecho, han gozado de una protección constitucional especial⁴, derivada precisamente de la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentra sujeta esa población infantil, de forma tal que mediante esa protección especial se pretende garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus

derechos, dando así cumplimiento al principio legal del interés superior.

Es así como el artículo 44 de la Carta Política, define los derechos de los menores como fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud. En reiterada jurisprudencia la Corte ha señalado que la protección a la salud de los niños, a través de la acción de tutela, puede proceder bajo determinadas circunstancias. Todo dependerá del caso concreto, en razón de que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental por sí mismo. Es decir, no es necesario demostrar la conexidad con otro derecho fundamental.

En desarrollo de lo anterior la Corte Constitucional en varias oportunidades ha protegido los derechos a la salud de los menores, argumentando la especial protección a través del mecanismo de la tutela a algunos grupos de personas teniendo en cuenta su debilidad manifiesta. La Corte ha manifestado⁵ igualmente, que el amparo por vía de tutela, es procedente cuando el titular del mismo sea una de las personas que de conformidad con el artículo 13 de la Carta Política requiera de una mayor protección teniendo en cuenta su mayor vulnerabilidad, entre los que se puede nombrar los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad. De igual manera, esta Corporación se ha referido ya en muchas oportunidades al derecho a la salud en el caso de los niños, aduciendo que en procura de garantizar su efectividad es un derecho fundamental prevalente y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera.

Siguiendo con el desarrollo jurisprudencial de esta Corporación sobre la protección constitucional a los derechos de los niños en materia de salud, es cómodo relacionar la Sentencia T-037 de 2007 M.P. NILSON PINILLA PINILLA, en los siguientes aspectos: "...Uno de los principios esenciales de esta doctrina sobre el derecho a la salud es que, si bien en principio es prestacional, puede adquirir connotación de fundamental al concurrir circunstancias especiales, una de las cuales es tratarse de la salud de un menor de edad, o en el otro extremo, de una persona de la tercera edad, en razón a la especial protección contenida y garantizada por los artículos 44 y 46 constitucionales⁶. Otra es la cercana vinculación entre la salud y el riesgo contra la vida, caso en que aquélla puede entonces ser amparada mediante la acción de tutela, por su conexidad con la supervivencia... Dentro del marco del Estado social de derecho, y a partir de lo planteado en el artículo 44 superior, la Corte ha desarrollado una abundante jurisprudencia en torno a los alcances de los derechos fundamentales de los niños⁷. En ella se destaca, en primer lugar, el ya advertido carácter de

fundamental que tiene el derecho a la salud, en tratándose de menores de edad. La norma constitucional en comento compromete en su inciso segundo a la familia, la sociedad y el Estado, para que cada uno asuma sus obligaciones a este respecto y, de manera proactiva, desarrollen acciones encaminadas a proteger a los niños, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Dentro de este contexto tiene gran importancia la presencia de la familia, el derecho a ser cuidado y amado, y, vista la esencial vulnerabilidad de los menores, la protección contra toda forma de abuso, explotación o discriminación por parte de terceros. Agrega también la norma que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás...”

Cabe en este punto anotar, que en reiterada jurisprudencia el derecho a la salud de los niños se ha catalogado como fundamental, autónomo y prevalente cuando se trata de menores y por tanto la acción de tutela es procedente para proteger tan importantísimo derecho. Al respecto esta Corporación pronunció cercanamente:

“...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 autónoma, 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 prevalentes sobre los derechos de los demás y, cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional. 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”. (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).⁸

Teniendo en cuenta los pronunciamientos de esta Corporación sobre la prevalencia del derecho a la salud en los niños, en el caso específico sobre la alergia que presenta el menor

DANIEL COBO ORTIZ, es de advertir que al interior del paginario y según la manifestaciones de su padre, se advierte que el médico tratante solicita realizar la prueba de alergia para determinar el tipo de la misma y optar por la mejor clase de tratamiento que se le pueda brindar al niño. Luego, es claro para esta Sala que la adecuada determinación de la alergia que padece el menor es de vital importancia para conocer el tratamiento que se le debe brindar y los cuidados que se deben tener para contrarrestar la misma. En el caso en estudio, se observa que la salud del menor DANIEL COBO ORTIZ se está viendo afectada ya que la entidad prestadora del servicio de salud, se está negando a realizar una “prueba de alergia”, examen que sin duda expondrá que tipo de alergia está desarrollando el menor, el tratamiento a seguir contra la misma, y las condiciones a adoptar para que la salud del menor no se siga viendo perjudicada.

1. Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos no incluidos en el POS.

La jurisprudencia constitucional ha señalado, en reiteradas oportunidades, que se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad, de una persona que requiere un servicio médico o un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando:

(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasiona un deterioro del estado de salud que impide que ésta se desarrolle en condiciones dignas;

(ii) ese servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS., que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario;

(iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a estos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a estos le cobre, con autorización legal la EPS; y

(iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de

quien se está solicitándole el tratamiento.⁹

En virtud de lo anterior, corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento de estos requisitos al momento de ordenar un servicio médico o medicamento no incluido en el POS y, de encontrarlos debidamente acreditados, conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados.

En el caso en estudio sobre el primer requisito para conceder la entrega de un medicamento y/o examen no incluido en el POS consiste en que por la falta del mismo se amenacen los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del accionante. En este caso dicho requisito se encuentra comprobado, pues tanto la EPS como el accionante, confirman que el menor DANIEL COBO ORTIZ es un paciente de tan solo tres años "... con antecedentes de Dermatitis Atópica, Rinitis alérgica con múltiples tratamientos, valorado por alergista quien solicita laboratorios para estudio de sus patologías..."¹⁰, aunado a lo anterior, se puede agregar que según lo visto sobre las alergias, es necesario determinar el tipo de la misma para controlar y evitar el avance de tal anomalía. Por lo tanto, para la Corte es claro que el menor DANIEL COBO ORTIZ necesita un tratamiento médico adecuado para mejorar y reestablecer su estado de salud, como quiera que según las manifestaciones de su padre, con la alergia que lo aqueja, éste se ha visto menoscabado.

Frente al segundo requisito, relacionado con la imposibilidad de sustituir el medicamento por otro que esté contemplado en el POS y tenga la misma efectividad, como quiera que nada alegó la EPS accionada sobre la existencia de un examen alternativo que remplazara la "PRUEBA DE ALERGIA" solicitada por el alergólogo, esta Sala tiene como probado este requisito.

En lo relacionado con el tercer requisito, consistente en la carencia de recursos económicos del afectado para sufragar los medicamentos prescritos, la Corte en su jurisprudencia ha precisado que se aplican los medios probatorios regulados en el Estatuto Procesal Civil, siempre que sean compatibles con la naturaleza del amparo constitucional. Reglas que fueron sintetizadas de la siguiente forma:

"(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos

económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.

La jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario¹¹.

Teniendo en cuenta lo mencionado por la jurisprudencia, esta Sala encuentra que el tercer requisito se cumple en el caso objeto de revisión, ya que según el postulado de la Buena fe (art 83 C.P.) se entiende que el accionante carece de capacidad económica para sufragar el examen solicitado y el demandado, SALUD TOTAL EPS, no probó que aquel pudiera sufragar la “prueba de alergia”

El cuarto requisito está relacionado con la vinculación entre la entidad promotora de salud y el médico tratante. Sobre este particular, se tiene acreditado que el médico JORGE OSWALDO CASTRO A., especialista en inmunología y alergias y quien ordenó el examen objeto de discusión, cumple con la condición de estar adscrito a Salud Total EPS, según lo visto a folio 3

del cuaderno principal.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos contemplados por la regla jurisprudencial para el suministro de medicamentos o servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, se procede a relacionar jurisprudencia de esta Corporación sobre un caso similar. Mediante Sentencia T-414 de 2001 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional ordenó el suministro de un medicamento a una menor de edad. En esa ocasión señaló lo siguiente.

“Se tiene que en relación con los tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, y especialmente en los casos en que se ve afectado un menor de edad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas oportunidades (ver entre otras las sentencias: T-978, T-1037, T-1266, T-1237, T-1277, T-1310 de 2001), señalando que el derecho a la salud de los niños es esencialmente fundamental y de aplicación inmediata, razón más que suficiente para ser protegido por esta vía.

En un caso similar la Corte consideró que :

“... Si bien es cierto que al no suministrársele la droga formulada por el médico tratante no se pone en peligro la vida de la menor, también es cierto que se afectaría su autoestima y su dignidad, considerando que se encuentra en edad escolar y se sentiría en una situación de inferioridad frente a los otros niños de su edad al detenerse su crecimiento.

Tampoco existe una razón para que la Secretaría de Salud se abstenga de suministrar el medicamento a la menor, toda vez que éste fue formulado por el médico tratante de su enfermedad, además de que esa droga garantizaría un desarrollo físico y psicológico normal, contribuyendo al desarrollo adecuado de su personalidad en condiciones de igualdad con otros niños de su edad ; lo contrario atenta contra su derecho a la salud y contra el derecho que tiene a desarrollarse físicamente igual a cualquier persona, en contravención del artículo 44 constitucional, situación que autoriza al juez de tutela para proteger los derechos de la menor...”(Sentencia T-442 de 2000 Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell).

6. Caso Concreto

En el caso objeto de revisión el señor MIGUEL WILMAR COBO FORERO, actuando en

representación de su hijo DANIEL COBO ORTIZ quien en la actualidad cuenta con tres años y diez meses de edad, según registro civil que obra a folio 4 del cuaderno principal, considera que la EPS SALUD TOTAL a la cual se encuentra afiliado el menor como beneficiario, le está vulnerando los derechos fundamentales por negarse a practicarle un examen de “PRUEBA DE ALERGIA” para determinar el tipo de alergia que presenta su hijo y así poder otorgarle el respectivo tratamiento.

Por su parte el Juzgado Catorce Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Cali (Valle), mediante providencia de enero 05 del año que avanza, resuelve negar por improcedente el amparo solicitado por el accionante argumentando que el mismo no allegó al expediente prueba escrita en donde conste que SALUD TOTAL EPS se hubiera negado a prestar el servicio de salud y el examen objeto de estudio en la presente revisión. De acuerdo con lo revisado en el expediente y contrariando lo esbozado por el Juzgado de primera instancia, se observa una declaración llana de la entidad demandada al contestar la acción de tutela impetrada en su contra, en donde enfáticamente asevera que no se le había otorgado el examen de alergia al menor, ya que el mismo está por fuera de los servicios que cubre el POS.

Hecha la anterior precisión, se puede concluir que el accionante en su afán de hacer prevalecer los derechos de su hijo, acudió al juez de tutela, quien no otorgó respuesta positiva que le permita alcanzar el amparo invocado a favor de su descendiente. De los hechos esbozados y las pruebas obrantes en el expediente, se extrae que el menor DANIEL COBO ORTIZ, padece de alergias, dermatitis atópica, rinitis y según las manifestaciones de su padre, tos constante que le está afectando el pecho y los oídos, por tanto, requiere según su médico tratante una “prueba de alergia”, para determinar el tipo de la misma y determinar el tratamiento a seguir. Ahora bien, atendiendo que la protección y conservación del derecho a la salud de un menor escapa en este caso a cualquier discusión de carácter legal o contractual, estima la Sala que se deben proteger los derechos constitucionales del impúber dejando de lado cualquier traba que ocasione alguna afectación de los mismos, tal como lo ha reiterado la Corte en tantas oportunidades¹². De nuevo se repite, la adecuada determinación de la alergia que padece el menor es de vital importancia para conocer el tratamiento que se le debe brindar y los cuidados que se deben tener para contrarrestar la misma. La salud del menor COBO ORTIZ se está viendo afectada ya que la entidad prestadora del servicio de salud, se está negando a realizar una “prueba de alergia”, examen

que expondrá que tipo de alergia está desarrollando el menor y el tratamiento a seguir para el mejoramiento de la salud del niño.

En consecuencia, al constatar la vulneración de los derechos fundamentales del menor DANIEL COBO ORTIZ, esta Sala de Revisión concederá la protección del derecho a la salud del menor mencionado anteriormente. Así las cosas, se dispondrá que Salud Total E.P.S., en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice y asuma la prestación del servicio del examen de “prueba de alergia” y todo lo que se derive del mismo, habida cuenta que la protección y conservación del derecho a la salud del menor escapa a cualquier discusión de carácter económico y reglamentario.

En igual sentido se ordenará que la entidad demandada asuma, si aún no lo ha hecho, el valor de la “prueba de alergia”, pudiendo repetir contra el FOSYGA, para reponer el valor que haya cubierto la entidad y debía pagar el paciente.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Catorce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali y en su lugar TUTELAR el derecho fundamental a la salud del menor DANIEL COBO ORTIZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a SALUDTOTAL EPS autorice y asuma la prestación del servicio del examen de “prueba de alergia” – si aún no se ha llevado a cabo- y todo lo que se derive del mismo, para el menor DANIEL COBO ORTIZ, de conformidad con lo ordenado por el médico tratante.

TERCERO. DECLARAR que si SALUDTOTAL EPS lo considera necesario, puede reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA-aquellos valores que no está obligada a soportar.

CUARTO. LÍBRENSSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 1 del cuaderno principal

2 Ver folio 9 del cuaderno principal.

3 Folio 24 del cuaderno principal.

4 Corte Constitucional Sentencia T-421 de 2001 MP.Alvaro Tafur Galvis

5 Ver entre otras las Sentencias T- 978, 1037,T- 1266, T-1237, T-1277, T-1310 de 2001.

6 Sobre estos temas ver, entre otras, las sentencias SU-111 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-322 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), SU-480 de 1997 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), T-548 de 2005 (M. P. Jaime Araújo Rentería) y T-747 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

7 Sobre este tema ver especialmente la doctrina contenida en la sentencia T-1275 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) en la que se hizo una extensa recopilación sobre el desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos de los niños, tanto en Colombia como

en el ámbito internacional.

8 Sentencia T-107 de 2007; MP. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

9 Sentencias SU-480/97, SU-819/99, T-1204/00, T-756/05, T-554/06 y T-688/06.

10 Ver folio 9 del cuaderno principal.

11 Sentencia T-225 de 2007.

12 Sentencia T-107 de 2007, T-560 de 2006, T-415 de 2006, T-093 de 2005.