

Sentencia T-738/03

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Suministro de medicamento para tratar enfermedad renal por la ARS/DERECHO A LA SALUD-Medicamento excluido del POS-S

Las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar los principios de la seguridad social establecidos en la Constitución y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación. Con base en copiosa jurisprudencia de esta Corporación y conforme a lo expuesto en la sentencia T- 632 de 2002, es posible afirmar que frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas, prestar determinados servicios médicos o suministrar medicamentos, por no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos fundamentales invocados por el actor puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención, preste el servicio o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o ii) mediante la orden a la ARS de que coordine la atención del usuario con las entidades públicas o las privadas con las que el Estado tenga contrato. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con recursos del citado fondo o con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. En síntesis, cuando la ARS no está obligada a practicar el procedimiento, prestar el servicio o suministrar los medicamentos, por no encontrarse incluidos en el POS-S, la protección constitucional del derecho a la salud, cuando adquiere el carácter de fundamental por conexidad con los derechos a la vida y la integridad personal, puede llevarse a cabo a través de la alternativa mencionada.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Se debe garantizar la efectividad del servicio de salud/JUEZ DE TUTELA-Análisis de circunstancias fácticas

Lo que pretende la jurisprudencia de la Corte es que se pueda garantizar la efectividad del servicio de salud, especialmente a todas aquellas personas que no tienen capacidad de

cotizar como son las del régimen subsidiado y que por su misma condición de debilidad manifiesta se encuentren en desventaja respecto de aquellas que pertenecen al régimen contributivo, quienes tienen más posibilidad de costear con sus propios recursos los procedimientos, tratamientos y medicamentos excluidos del P.O.S. En todo caso, corresponderá al juez de tutela analizar las circunstancias fácticas de cada asunto y tomar la decisión a que haya lugar en consideración del grado de vulneración del derecho fundamental involucrado, la naturaleza de las obligaciones asumidas por las ARS y la finalidad del régimen de limitaciones y exclusiones del POS-S.

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD EN REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD-Suministro de medicamentos

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el FOSYGA

Referencia: expediente T-742148

Acción de tutela instaurada por Reinaldo Antonio Raigoza Ortega en nombre de su menor hija Clara Marcela Raigoza Gómez contra la A.R.S. Ecoopsos.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil tres (2003).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Araujo Rentería, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos y pretensiones

El día 31 de enero de 2003, el señor REINALDO ANTONIO RAIGOZA ORTEGA, interpuso acción de tutela en nombre de su hija CLARA MARCELA RAIGOZA GOMEZ, menor de edad, contra la A.R.S. ECOOPSOS, por cuanto ésta negó el suministro de los medicamentos CICLOFOSFAMIDA y ONDANSETRON ordenados por su médico tratante, por encontrarse excluidos del P.O.S.-S.

Los siguientes hechos sirven de sustento a la demanda:

La niña CLARA MARCELA RAIGOZA GOMEZ, de 14 años de edad, está clasificada en el Nivel 2 del SISBEN y se encuentra afiliada desde el 28 de septiembre de 1999 a la A.R.S. Entidad Cooperativa Solidaria de Salud ECOOPSOS Seccional Coorsalud, de Rionegro - Antioquia.

Fue diagnosticada desde octubre de 1999, con LUPUS ERITEMATOSO SISTEMICO, cuya principal manifestación clínica ha sido una NEFROPATIA SEVERA, para lo cual el médico tratante del servicio de reumatología, le ordenó el suministro de los medicamentos CICLOFOSFAMIDA y ONDANSETRON, ante el deterioro importante de la función renal y como una medida agresiva para tratar de salvar el riñón¹.

La A.R.S. ECOOPSOS negó el suministro de los medicamentos con el argumento de que la patología que padece la menor no está contemplada en el P.O.S-S, aunque los medicamentos se encuentran incluidos dentro del Acuerdo 228 de 2002.

Manifiesta el peticionario que no se encuentra en condiciones económicas para sufragar el costo de los medicamentos y considera que la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social, la igualdad y la dignidad humana de su menor hija, motivo por el cual solicita que se ordene a la A.R.S. ECOOPSOS suministrar los medicamentos ordenados y brindar "... en su totalidad el tratamiento integral que se derive de su enfermedad, pruebas diagnósticas y demás medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma, y además no me sean exigidos los copagos y las cuotas moderadoras, tal como lo ordena el acuerdo No. 30 de 1996 en su artículo 7º."

1. Respuesta de la A.R.S. ECOOPSOS

El Representante Legal de la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud "ECOOPSOS" SECCIONAL COORSALUD, en comunicación de febrero 5 de 2003, enviada al Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro, responde el cuestionario que le formuló el a quo y manifiesta que de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 72 de 1997 expedido por el CNSSS, la patología que presenta la menor no se encuentra contemplada en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, razón por la cual, según lo dispuesto en el artículo 4º del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS, le corresponde asumirlo al ente territorial respectivo con cargo a los recursos del subsidio a la oferta. Para sustentar sus afirmaciones, cita algunos de los conceptos que en el mismo sentido, ha emitido el Ministerio de Salud.

Remite información relacionada con el tiempo y forma de vinculación de la menor a la ARS y la patología que presenta. Se refiere además, en los siguientes términos a la solución ofrecida por la ARS a la petición del tutelante: "En comunicado del 20 de noviembre de 2.002 CONSECUTIVO 00187 firmado por Nicolas Atehortua se explica el proceso a seguir y los teléfonos y dirección del ente Departamental. (...) en respuesta del 7 de diciembre de 2.002 a derecho de petición establecido por el Señor Reinaldo Raigoza solicitando los medicamentos se explicó por qué no podíamos suministrar los medicamentos, indicándole que el ente Departamental es el responsable."2

Finalmente expresa que la Dirección Seccional de Salud de Antioquia es la que debe suministrar los medicamentos, bien sea sufragando directamente los costos correspondientes o a través de la red privada o pública que tenga contratada para ello, puesto que éste es su deber legal.

1. Respuesta de la Dirección Seccional de Antioquia

La Dirección Seccional de Salud de Antioquia, en escrito remitido al Juzgado de conocimiento3 el día 18 de febrero de 2003, manifestó que el suministro de los medicamentos incluidos o no en el POS le compete a la ARS respectiva, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, lo que es sustentado en el concepto de auditoría médica que anexa.

II. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

1. Pruebas aportadas por la parte actora:

* Folios 5 y 6, copia del carné de afiliación de la menor al régimen subsidiado nivel II, y cédula de ciudadanía del demandante.

* Folio 7, copia de la orden médica, a nombre de Clara Marcela Raigoza suscrita por la reumatóloga del Hospital Universitario San Vicente de Paul, de fecha 18 de noviembre de 2002, en la que se afirma: “Paciente conocida con diagnóstico de Lupus Eritomatoso Sistémico con Nefropatía severa quien inicialmente no respondió a inmunosupresores como CRM, se le ordenó entonces Micofenolato pero su proceso inflamatorio ha persistido con deterioro importante de su función renal, ante esto y como medida agresiva de salvamento se decida utilizar Endoxan (Ciclofosfamida) en bolos mensuales para tratar de salvar el riñón...”

* A Folio 8, resumen de la historia clínica de la menor, del servicio especializado de reumatología de fecha 30 de enero de 2003.

* A folio 11, registro civil de nacimiento de la menor Clara Marcela Raigoza Gómez, expedido por la Notaria Quince de Medellín, con fecha de nacimiento 25 de enero de 1989.

2. Pruebas practicadas por el juzgado de instancia

- Folios 40 y 41, declaración juramentada del señor REINALDO ANTONIO RAIGOZA ORTEGA ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro el 10 de febrero de 2003, en el que manifiesta no haber reclamado el suministro de los medicamentos a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

- Folios 50 a 65, fotocopia de la Sentencia de primera instancia proferida el 11 de mayo de 2001, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, mediante la cual tutela los

derechos constitucionales a la salud en conexidad con el derecho a la vida de la menor Clara Marcela Raigoza Gómez y ordena a la ARS Coorsalud suministrar los medicamentos prescritos por su médico tratante y del fallo de segunda instancia proferido el 30 de mayo de 2001 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, mediante el cual confirma la decisión.

- A folio 66, informe rendido por la doctora Ruth María Eraso Garnica, Pediatra Reumatóloga del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, mediante el cual se refiere al estado actual de evolución de la enfermedad que padece la menor. En este informe se expresa lo siguiente en relación con la importancia de los medicamentos ordenados: "...La Ciclofosfamida es el tratamiento de elección para la paciente y no existe otro medicamento en el P.O.S, con una eficacia similar que pueda reemplazarlo. La omisión en la aplicación de la Ciclofosfamida implica una alta posibilidad de progresión de la Nefropatía hasta una Insuficiencia Renal Terminal, la cual determina un estado de grave deterioro de la salud de la paciente y la necesidad de terapia de remplazo (diálisis y posteriormente transplante renal) de este órgano vital. La Ciclofosfamida debe aplicarse de manera concomitante con el medicamento Ondansetrón con el fin de evitar la aparición de vómito secundario al uso del primer medicamento. Tampoco existe en el P.O.S., otro medicamento con una eficacia similar que pueda reemplazarlo."

En el mismo informe se señala que la enfermedad del Lupus es de tercer nivel de atención y en el estado clínico en que se encuentra no está catalogada como enfermedad ruinosa, catastrófica o de alto costo, pero puede llegar a serlo por las posibles complicaciones.

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, en Sentencia del 20 de febrero de 2003, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por el demandante en representación de su menor hija CLARA MARCELA RAIGOZA GOMEZ, por considerar que en relación con la ARS ECOOPSOS, el tratamiento de la patología que presenta la menor no es responsabilidad de esa Entidad por no estar incluida en el POS- S y en relación con la Dirección Seccional de Salud de Antioquia no se demostró violación de los derechos fundamentales, pues no se agotó la reclamación directa ante este ente, a pesar de que la ARS dio al demandante las instrucciones para tal efecto.

El Tribunal Superior de Antioquia, mediante Sentencia del 28 de marzo de 2003, confirma la providencia del a quo, por considerarla acertada y le sugiere al accionante dirigirse a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia o a una institución pública o privada con la cual el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el nivel III de complejidad, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta, en demanda de la atención de salud y los medicamentos que su hija requiere con urgencia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

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, la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada.

1. Problema jurídico.

Debe la Corte entrar a dilucidar si los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana de la menor Clara Marcela Raigoza Gómez, en su calidad de afiliada al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud, han sido vulnerados por parte de la A.R.S. ECOOPSOS, ante la negativa de autorizar el suministro de los medicamentos prescritos por su médico tratante.

3. Derechos Fundamentales de los Niños

Es jurisprudencia consolidada de esta Corporación, que el derecho a la salud por sí mismo no tiene el carácter de derecho fundamental, como tampoco lo tiene el derecho a la seguridad social, los cuales dependen del contexto en el que se desenvuelven para adquirir esa categoría, salvo cuando se trata de los niños, por expreso mandato constitucional.

La propia Constitución ha consagrado un régimen de protección especial a los menores y por ello proclama que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. De

igual manera ha resaltado la Corte 4, que tratándose de los niños, la salud, la integridad física y la seguridad social, tienen el carácter de derechos fundamentales, por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política.

En el mismo sentido, doctrina reiterada de esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política.

Al respecto la sentencia T-556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, expresó que: “El derecho a la salud, cuando se trata de niños, es derecho fundamental sin necesidad de que se establezca conexidad con el derecho a la vida. Los derechos de los niños, como lo expresa sin rodeos el artículo 44 de la Constitución Política, prevalecen sobre los derechos de los demás”.

En Sentencia T-1220 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis, la Corte reitero, en los siguientes términos, la función protectora que el Estado debe a la salud de los niños:

“ ... 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.”

“... en el caso de los menores, el derecho a la salud aparece elevado constitucionalmente a la condición de derecho fundamental porque el artículo 44 de la Carta así lo establece: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud...”.

“Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.”⁵

Así entonces, el juez constitucional debe ser consciente de que la protección del derecho a la

salud de los niños es imperativa. Como lo ha señalado esta Corporación, “del niño que hoy es desprovisto de sus derechos fundamentales no cabe esperar el ser integral y libre del mañana”⁶.

4. Obligaciones de las ARS en relación con los procedimientos, intervenciones y medicamentos no incluidos en el POS-S.

Esta Corporación⁷, ha sostenido que la salud está prevista en el ordenamiento constitucional como un derecho y como un servicio público, en cuanto todas las personas deben acceder a él, y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación -artículo 49 C.P.⁸

En consecuencia el Estado no está obligado a satisfacer todas las necesidades asistenciales de los asociados, sino aquellas que se encuentren incluidas dentro de sus políticas de Seguridad Social, las cuales deben formularse atendiendo los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad -artículos 48 y 49 C.P.

Además, el Estado se encuentra obligado a proteger, de manera especial, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en estado de debilidad manifiesta y, a la vez, la jurisprudencia constitucional ha recordado que, también en materia de salud, los derechos de los niños y de los adolescentes son de inmediato cumplimiento -artículos 13, 44 y 45 C.P.-.⁹

De manera que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales que demandan las personas que carecen de recursos para atenderlos y que por su estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo tienen derecho a que el Estado y la sociedad les brinden un trato preferente, no está sujeto a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios, como tampoco está sujeta a dichas restricciones la atención en salud que se relaciona con la existencia misma de la persona y con su derecho a vivir con dignidad.

En consecuencia, cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud que cumple alguna de las anteriores características demanda una actividad, un procedimiento, una intervención o un medicamento excluido del Plan que rige su vinculación¹⁰ lo que acontece es que debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la

empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la prestación, sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, o pedir que el usuario sea atendido en otra institución.¹¹

La doctrina de la Corte ha precisado y reiterado que de conformidad con lo normado en el artículo 4º del Acuerdo No. 72 de 1997, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y en armonía con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, los beneficiarios del régimen subsidiado de salud que requieran servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y no tengan capacidad de pago, podrán acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales tendrán la obligación de atenderlos de conformidad con su capacidad de oferta, caso en el cual las instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes. Así mismo, ha dicho que las entidades prestadoras del servicio de salud están obligadas a suministrarle una información completa al usuario sobre la forma como puede acudir a otras instituciones para conseguir la atención médica que requiere.

Lo anterior porque mientras permanezca el usuario afiliado al Sistema de Seguridad Social en salud la empresa promotora o la administradora debe velar por su atención integral, aunque no le corresponda adelantar directamente determinadas acciones y procedimientos¹².

De ese modo, el juez de tutela no puede absolver a las E.P.S y a las A.R.S. de responsabilidad respecto de la atención de sus usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, arguyendo que el procedimiento requerido no se encuentra incluido en los Planes Obligatorios que rigen la prestación del servicio, porque aunque la actividad no esté incluida en ellos, el paciente sigue siendo su afiliado y por ende su recuperación se encuentra bajo su cuidado.

De otra parte, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia¹³ ha sostenido que uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia, que involucra a su vez el principio de continuidad. Por eso "... quien presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio público de salud y, en consecuencia la eficiencia del mismo." Y no puede interrumpirse tampoco su prestación "...por su carácter inherente a la existencia misma del ser humano y el respecto a su dignidad"¹⁴

Es así como las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar

gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar los principios de la seguridad social establecidos en la Constitución y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.

5. Vías para la protección de los derechos fundamentales cuando los procedimientos, intervenciones o medicamentos están excluidos del P.O.S-S

Con base en copiosa jurisprudencia de esta Corporación¹⁵ y conforme a lo expuesto en la sentencia T- 632 de 2002¹⁶, es posible afirmar que frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas, prestar determinados servicios médicos o suministrar medicamentos, por no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POS-S, la protección de los derechos fundamentales invocados por el actor puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención, preste el servicio o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o ii) mediante la orden a la ARS de que coordine la atención del usuario con las entidades públicas o las privadas con las que el Estado tenga contrato. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con recursos del citado fondo o con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.¹⁷

En síntesis, cuando la ARS no está obligada a practicar el procedimiento, prestar el servicio o suministrar los medicamentos, por no encontrarse incluidos en el POS-S, la protección constitucional del derecho a la salud, cuando adquiere el carácter de fundamental por conexidad con los derechos a la vida y la integridad personal, puede llevarse a cabo a través de la alternativa mencionada.¹⁸

Lo que pretende la jurisprudencia de la Corte, según lo afirmado en la Sentencia T-541 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, es que se pueda garantizar la efectividad del servicio de salud, especialmente a todas aquellas personas que no tienen capacidad de cotizar como son las del régimen subsidiado y que por su misma condición de debilidad manifiesta se

encuentren en desventaja respecto de aquellas que pertenecen al régimen contributivo, quienes tienen más posibilidad de costear con sus propios recursos los procedimientos, tratamientos y medicamentos excluidos del P.O.S.

En todo caso, corresponderá al juez de tutela analizar las circunstancias fácticas de cada asunto y tomar la decisión a que haya lugar en consideración del grado de vulneración del derecho fundamental involucrado, la naturaleza de las obligaciones asumidas por las ARS y la finalidad del régimen de limitaciones y exclusiones del POS-S.

6. Caso concreto

El accionante Reinaldo Antonio Raigoza Ortega, actuando en representación de su hija Clara Marcela Raigoza Gómez, busca mediante la acción de tutela se protejan sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, igualdad y dignidad humana, vulnerados por la A.R.S. ECOOPSOS, al negar el suministro de los medicamentos Ciclofosfamida y Ondansetrón, ordenados por su médico tratante, aduciendo que estos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S.

Procederá la Sala a analizar las circunstancias fácticas que sustentan la determinación de aplicar una de las alternativas planteadas en el numeral anterior de la presente Sentencia:

De conformidad con los preceptos legales y constitucionales señalados en innumerables ocasiones por esta Corporación, en relación con los casos en que los medicamentos no se encuentran incluidos en el POS-S, mediante oficio 00187 del 20 de noviembre de 2002, (folio 33), la entidad accionada informó al tutelante sobre las posibilidades que le asisten para el suministro de los medicamentos ordenados a su hija, señalando claramente, con dirección y teléfono, las entidades hospitalarias a las cuales podía acudir.

Ahora bien, según las propias declaraciones del accionante, se pudo constatar que en efecto, esta persona nunca ha acudido a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia o a una Institución pública o privada con la cual el Estado tenga contrato de prestación de servicios para el nivel III de complejidad, en demanda del suministro de los medicamentos que requiere la menor.

Por su parte, la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, vinculada al trámite de la acción

de tutela por el Juez de Instancia, informa que no es la competente para atender la petición, pues de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, el suministro de los medicamentos incluidos o no en el POS del régimen subsidiado les corresponde directamente a las ARS.

Así las cosas, del acervo probatorio obrante en el expediente, para la Corte resulta evidente que aplicar la segunda opción, consistente en ordenar a la ARS que adelante acciones de coordinación e información al solicitante para el suministro de los medicamentos requeridos no resulta idónea para proteger los derechos fundamentales de la menor, de 14 años de edad, para quien la Constitución consagra una especial protección de sus derechos a la vida, integridad física, salud y seguridad social. (art. 44).

Por lo anterior, aplicará la primera de las opciones, esto es, la prestación directa por la ARS, dado que, como se explicó en capítulo precedente, las ARS tienen la responsabilidad de garantizar de manera preferente y especial, la atención de sus afiliados y la continuidad en la prestación del servicio público de salud, en los eventos en que la protección de los derechos fundamentales sea imperiosa por tratarse de un menor de edad, así el procedimiento requerido o el medicamento solicitado no se encuentre incluido en el POS-S.

En el caso objeto de revisión, existe certeza sobre la situación de grave perturbación de la salud de la menor y del grave peligro en que se encuentra, al no suministrarle los medicamentos que en concepto del médico tratante pueden acarrearle "...un estado de grave deterioro de la salud de la paciente y la necesidad de terapia de reemplazo (diálisis y posterior trasplante renal) de este órgano vital." Así mismo, es evidente la precaria situación económica en la que vive el tutelante, la cual le impide adquirir los medicamentos. 19

Por último, es importante tener en cuenta lo afirmado por esta Corporación en Sentencia T-972 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En ella se señaló que, "cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos competentes, debe la E.P.S. a la cual está afiliado prestarle el tratamiento requerido, quedando la misma E.P.S. facultada para repetir en contra del FOSYGA."20.

Por todo lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso existe la vulneración de

derechos fundamentales de una menor que goza de especial protección del Estado, que se trata de una situación grave que no permite posponer las decisiones o esperar que se realicen acciones de coordinación con otras entidades o se adelanten labores de información al solicitante y que el tutelante no cuenta con recursos económicos para adquirir los medicamentos requeridos, esta Sala ordenará a la A.R.S. ECOOPSOS que le suministre éstos y declarará que de conformidad con la ley y la reglamentación vigente puede solicitar al Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA) el reembolso de los gastos adicionales en que incurra.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR las Sentencias del veinte (20) de febrero y veintiocho (28) de marzo de 2003, proferidas por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia -Sala Penal, respectivamente, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor REINALDO ANTONIO RAIGOZA ORTEGA en representación de su hija CLARA MARCELA RAIGOZA GOMEZ contra la A.R.S. ECOOPSOS de Rionegro - Antioquia, y en su lugar CONCEDER la tutela solicitada.

Segundo. ORDENAR a la A.R.S. ECOOPSOS de Rionegro - Antioquia, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, suministre a la citada menor los medicamentos Ciclofosfamida y Ondansetrón, ordenados por su médico tratante.

Tercero. La A.R.S. ECOOPSOS puede solicitar al Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA) el reembolso de los gastos adicionales en que incurra por el suministro de los medicamentos.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver folio 7 del expediente.

2 Ver folio 16 del Expediente

3 El 10 de febrero de 2003, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, asumió el conocimiento de la acción de tutela instaurada, por remisión efectuada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro, teniendo en cuenta que de conformidad con la respuesta dada por la ARS, el competente para suministrar medicamentos fuera del POSS, es la Dirección Seccional de Salud de Antioquia.

4 Ver entre otras las Sentencias T-556 de 1998 y T-514 de 1998

5 Ver Sentencias T-165 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-75 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, SU-819 de 1999, M.P.Alvaro Tafur Galvis, SU-043 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz, T-153 de 2000, M.P.José Gregorio Hernández Galindo

6 Sentencia T-1265 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

7 Ver entre otras las Sentencias T-134-02 M.P. Alvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

8 Sobre la ubicación del derecho a salud en la Constitución Política se pueden consultar entre otras las Sentencias T-207, T-271, T- 409 y C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

9 Sobre el derecho de los niños a la salud y el derecho de los adolescentes a una protección integral se pueden consultar las sentencias C-019 y T-200 de 1993, T-165 de 1995, SU-225 y T-415 de 1998.

10 El artículo 201 de la Ley 100 de 1993, dispone que en el sistema general de salud coexisten dos regímenes, el contributivo y el subsidiado, el artículo 29 del Decreto reglamentario 806 de 1998 establece que la población pobre y vulnerable del País será afiliada al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, el artículo 30 del mismo decreto garantiza a los afiliados al régimen subsidiado el alcance progresivo de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo, y el artículo 31 del decreto en mención prevé que cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera un servicio no incluido en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir sus costos puede acudir a una entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado para demandar la prestación del servicio.

11 Acuerdo 072/97 C.N.S.S. artículo 4°. “LA COMPLEMENTACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL POSS, A CARGO DE LOS RECURSOS DEL SUBSIDIO DE OFERTA. En la etapa de transición, mientras se unifican los contenidos del POSS con los del POS del Régimen Contributivo aquellos beneficiarios del Régimen Subsidiado que por sus condiciones de salud o necesidades de ayuda de diagnóstico y tratamiento requieran de servicios no incluidos en el P.O.S.S., tendrán prioridad para ser atendidos en forma obligatoria en las Instituciones Públicas o en las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicio para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta.”.

12 El artículo 1° del Acuerdo 72 de 1997, que define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, incluye como atención básica de primer nivel las acciones de promoción y educación dirigidas al individuo y su familia, las que fueron desarrolladas por la Resolución 03997 de 1996.

13 Ver entre otras las sentencias T-059 de 1997 y SU-562 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-572 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

14 Ver Sentencia T-059 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

15 Ver entre otras sentencias la T-1087/01, T- 972/01, T-754/02, T-911/02 y T-410/02.

16 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

17 Un común denominador de las dos alternativas de solución parte de reconocer la vulneración o amenaza de un derecho fundamental del peticionario, 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 prosperidad de la acción de tutela.

18 En Sentencia T-213 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería, la Corte puntualizó: “Pero tratándose de niños la Corte precisa que por mandato del artículo 44 de la Constitución es fundamental per se el derecho a la salud aunque no esté en conexidad con la vida o la integridad.”

19 La Corte Constitucional en Sentencia T-210 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, afirmó que la falta de recursos económicos del actor es un hecho fuera de toda duda, en la medida en que pertenece al régimen subsidiado.

20 Esta decisión ha sido reiterada en la Sentencia T-1087 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda) en donde se resolvió ordenar a Metrosalud E.S.E. que en el término de 10 días, adoptara las decisiones necesarias para que se le practicara al menor la evaluación neuropsicológica que requería, en una institución prestadora del servicio de salud con capacidad técnica adecuada para realizarlo. Esta sentencia, a su vez, fue reiterada por la sentencia T-280 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), en donde se ordenó a Comfenalco A.R.S. que autorizara en 48 horas la realización de dos exámenes con carácter de diagnóstico, que los médicos tratantes habían prescrito a la menor a la que se tuteló el derecho.