

Sentencia T-740/05

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Prevalencia/DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de medicamento excluido del POS

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de hormonas de crecimiento

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

Referencia: expediente T-1086195

Acción de tutela instaurada por Sonia Osorio Vidal contra EPS Servicio Occidental de Salud SOS.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., catorce (14) de julio de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Santiago de Cali y el Juzgado Décimo Civil del Circuito de la misma ciudad dentro de la acción de tutela instaurada por Sonia Osorio Vidal contra EPS Servicio Occidental de Salud SOS.

I. ANTECEDENTES

La demandante, obrando en representación de su hija Dayhana Lenis Osorio, instaura acción de tutela en la que solicita la protección de los derechos a la salud, y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por la entidad Servicio Occidental de Salud -SOS-, al no

suministrarle el medicamento denominado acetato de leuprolide para tratar la patología de “pubertad precoz” que le fue diagnosticada a la menor.

## 1. Hechos:

1.1 Manifiesta la actora que su hija recibe un tratamiento con hormonas de crecimiento “somotropina humana genotropin cápsulas.”

1.2 El médico endocrinólogo que la atiende le formuló de manera urgente el medicamento acetato de leuprolide, en razón de que “la edad ósea de la menor comienza a cerrarse, causando que las hormonas hagan crecer sus órganos como el corazón y otros a lo ancho y no a lo largo.”

1.3 La EPS Servicio Occidental de Salud se niega a autorizarle el mismo aduciendo que la menor puede vivir sin éste y que su vida no corre peligro.

1.4 Con base en los hechos y consideraciones expuestas, la accionante solicita al juez constitucional que ordene a la entidad accionada suministrar el medicamento formulado por el médico endocrinólogo tratante.

## 2. Intervención de la entidad accionada.

La entidad accionada precisa que la menor DAYHANA LENIS OSORIO, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Régimen Contributivo, Plan Obligatorio de Salud a través de la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SA S.O.S, desde el 1º de Junio de 1.996 en calidad de beneficiaria.

El médico tratante le formuló a la menor, el medicamento NO POS: ACETATO DE LEUPROLIDE, pero éste no se encuentra incluido dentro del listado de medicamentos del POS (Acuerdo 228 de 2001) y no fue aprobado por el Comité Técnico Científico de SOS en su sesión del día 23 de Diciembre de 2.004, mediante Acta Numero 5427.

Sostiene que para que una EPS pueda autorizar determinados procedimientos, intervenciones, actividades o medicamentos por fuera del POS, se requiere que el usuario (paciente) en cumplimiento de lo fijado en el artículo 6º de la Resolución 05061/97, presente ante el Comité Técnico Científico la solicitud y justificación de medicamentos No POS

expedida por su médico tratante; este comité determinará si éste se encuentra o no autorizado por el POS; si la vida del paciente se encuentra en peligro al no autorizársele el mismo; si ese medicamento o procedimiento es el único recomendable para salvarle la vida o si existe otro dentro de los autorizados por el POS que lo supla.

Señala que en el asunto de la referencia, el Comité Técnico Científico decidió no aprobar el medicamento solicitado, por no evidenciarse riesgo inminente para la vida y porque no se han agotado posibilidades terapéuticas existentes dentro del POS de acuerdo a lo establecido en la Resolución No. 5261/94, mediante la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del POS en el Sistema General de Salud.

Por tanto, no puede hablarse de vulneración del derecho de salud o de vida de la menor, pues para el caso se agotó el trámite administrativo pertinente a fin de que la solicitud fuese estudiada por el Comité Técnico Científico de la entidad y ésta le fue negada.

En ese orden de ideas, sostiene que la acción de tutela debe ser negada y en caso de que la misma prospere se autorice a la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A SOS el recobro ante el FOSYGA de los medicamentos autorizados a la tutelante, en cumplimiento del fallo.

Adicionalmente pide vincular al proceso a la Secretaría de Salud Departamental del Valle para que, atendiendo lo normado en los artículos 42 y 43 de la Ley 715 de 2001, asuma el valor del medicamento no contenido en el Plan Obligatorio.

Por último solicita al juez de instancia que la cotizante demuestre su incapacidad de pago informando los ingresos familiares que percibe su núcleo familiar, el estrato de residencia y demás pruebas que se consideren pertinentes, para demostrar la difícil situación económica en que se vería involucrada al comprar la fórmula ordenada.

### 3. Pruebas

#### 3.1 Historia Clínica de la menor.

3.2 El Instituto Nacional de Medicina Legal a solicitud del juez de primera instancia practicó dictamen médico el 27 de enero de 2005, donde señaló:

“1. La menor DAYHANA LENIS OSORIO presenta una talla baja. 2. Requiere de la

administración del fármaco lupron a la dosis recomendada por el especialista tratante a la mayor brevedad posible. 3. Se le debe garantizar la administración de dicho fármaco y de toda la terapéutica que determine el equipo médico tratante, so pena de ir en mayor detrimento de su calidad de vida o aún de colocar su vida en grave riesgo.”

3.3 Fotocopia de la demanda de tutela presentada anteriormente por la señora Sonia Osorio Vidal (el 15 de junio de 2004), contra EPS Servicio Occidental de Salud SOS, para que se le suministrara a la menor el medicamento “somotropina humana genotropin x 16 U.”

En ella adujo que a su hija desde hace tres (3) años, le diagnosticaron “púrpura trombocitopémica inmune” y “lupus erimatoso sistémico”, desde el inicio de su enfermedad ha venido siendo tratada con altas dosis de prednisolona (esteroides), metrotexato, azatioprina, cloroquina. Estos fármacos son de “alto riesgo” pues controlan las enfermedades, pero desencadenan otra serie de inconvenientes para el desarrollo físico y psicológico, pues entre ellas está el que se afecta su crecimiento además de que las patologías sufridas igualmente contribuyen a ello.

De otro lado asevera que la menor ha venido siendo atendida por un psicólogo pues ha sido difícil aceptar las enfermedades que padece, así mismo señala que inicialmente fue tratada por un reumatólogo quien la remitió donde el endocrinólogo, Dr. Luis Guillermo Arango pues su crecimiento es casi nulo y su pubertad y edad ósea están avanzadas por lo que requiere con urgencia de la hormona para el crecimiento.

3.4 En decisión adoptada el 24 de junio de 2004 por el Juzgado 26 Civil Municipal de Santiago de Cali, se tutelan los derechos a la vida y a la salud de Dayhana Lenis Osorio ordenándole a la entidad accionada que le suministre el medicamento “somotropina humana genotropin.” (se anexa fotocopia)

4. Decisiones Judiciales que se revisan.

4.1 Fallo de Primera Instancia.

El Juzgado Veintidós Civil Municipal de Santiago de Cali mediante auto interlocutorio del 25 de enero de 2005 en aplicación del artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 y una vez analizadas las pruebas que obran en el expediente, decretó como medida provisional ordenar

a la EPS Servicio Occidental de Salud que de manera inmediata autorizara el medicamento denominado acetato de leuprolide requerido por la menor de manera que se garantice el manejo total de sus patologías hasta que se profiera el fallo de primera instancia.

Posteriormente el juzgado de instancia en decisión adoptada el 3 de febrero de 2005, decidió tutelar los derechos a la salud en conexidad con la vida, la seguridad social e integridad personal de la menor Dayhana Lenis Osorio y ordena a la EPS que le suministre un tratamiento integral y en especial el medicamento acetato de leuprolide conforme a lo formulado por el médico tratante, hasta el restablecimiento total de su salud, igualmente ordena al Fosyga que dentro del término de 30 días restituya a la entidad accionada los costos del tratamiento que se deriven del mismo.

#### 4.2 Impugnación.

La EPS Servicio Occidental de Salud presenta impugnación en la que básicamente ratifica lo expuesto en la contestación de la demanda y adicionalmente señala que advierte una nulidad porque en la contestación de la demanda solicitó que se vinculara a la Secretaria Departamental en este proceso y el juez de instancia no se pronunció al respecto.

#### 4.3 Fallo de Segunda Instancia.

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, decidió revocar el fallo impugnado aduciendo que de las pruebas aportadas al proceso se observa que el Comité Técnico Científico Sede Cali, precisó que el medicamento acetato de leuprolide no puede ser cargado al Sistema General de Seguridad Social en Salud porque no hay justificación del uso del medicamento no POS, si no hay riesgo inminente para la vida y que además, para el caso, la señora Sonia Osorio Vidal no acreditó su incapacidad económica para asumir el costo del medicamento.

De igual manera sostiene que la estatura de la menor corresponde a una “talla baja” pero no de aquellas que están muy por debajo de lo normal que pueda incidir en el desarrollo físico y afectar la auto estima y la dignidad de la menor, por tanto estima que no se encuentra vulnerado el derecho a la salud y la vida de la paciente de 14 años de edad.

En lo que atañe a la nulidad invocada por la entidad accionada por no vincular a la Secretaría Departamental, no la declara pues aduce que la misma no fue alegada por quien se

encuentra presumiblemente afectada por la omisión ésto es por la misma Secretaría.

## II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las providencias proferidas por los jueces de instancia dentro del proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y de conformidad con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala revisar el fallo proferido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Santiago de Cali, con ocasión del ejercicio de la acción de tutela instaurada por la señora Sonia Osorio Vidal, para proteger los derechos fundamentales de su hija Dayhana Lenis Osorio, supuestamente vulnerados por la E.P.S. accionada, al negarse a suministrar el medicamento ordenado, el cual requiere con urgencia, pues por la edad ósea de la menor y el tratamiento de hormonas que está recibiendo requiere del medicamento para que sus órganos como el corazón y los demás crezcan de manera adecuada.

### 3. Consideraciones de la Corte:

3.1 Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud de los menores. Afectación de la dignidad como elemento integral del derecho a la vida.

Esta Corporación de manera reiterada<sup>1</sup> ha manifestado 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 Superior, requiera de una especial protección por razón de su mayor vulnerabilidad, como son los niños, las mujeres cabeza de familia y las personas de la tercera edad, entre otros.

De igual manera, esta Corporación atendiendo el mandato constitucional impuesto por el artículo 44 de la Constitución Política, se ha referido en diferentes oportunidades al derecho a la salud en el caso de los niños, y ha manifestado que en cuanto derivado del derecho a la vida y en procura de 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 relación con la especial protección del derecho a la salud de los niños en la Sentencia T-265 de 2005,2 se señaló al respecto lo siguiente:

“3. El derecho a la salud de los menores de edad. Protección reforzada

El artículo 44 de la Constitución Política señaló que los derechos de los niños prevalecen sobre los de las demás personas y fijó que algunos de los que no se entienden fundamentales para las demás personas, lo serán para ellos.

Ahí la Carta ha dispuesto expresamente que son derechos constitucionales fundamentales de los niños y, por tanto, protegibles por el juez constitucional en sede de tutela, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión; señala además que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La Constitución Colombiana no ha hecho en este sentido nada diferente que reiterar lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar, que tales instrumentos del derecho internacional, han sido ratificados por la República de Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política

Así las cosas, la prevalencia de los derechos de los niños está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció: Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y , en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.” De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94

de 1992, consagró: “Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. En especial, frente al tema del derecho a la salud del menor, el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del niño, reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud” 3

Ahora bien, cabe enfatizar aquí que el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiriera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.<sup>4</sup>

Bajo este entendido, 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 impedir que a través de sus órganos, bien sean estos del poder central o las entidades territoriales, o de los particulares en los que el Estado ha delegado la función de brindar el servicio de salud , se ponga en riesgo o se viole 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, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos.”

Resulta claro de lo transcrito, que dentro de un Estado Social de Derecho, la prestación de los

servicios médico asistenciales que demandan los menores que carecen de recursos y que por su estado de salud física o mental, por su edad o por su nivel de desarrollo, impone la obligación de brindar un trato preferente con fundamento en el interés superior que los ampara.

De otra parte cabe precisar, que cuando a un menor se le niega el servicio médico que requiere, no solo se afecta la salud y la vida del mismo, sino su dignidad, pues al padecer una disminución en su integridad física y psicológica y no prestarse la atención urgente que requiere, se le coloca en un plano de inferioridad que impide, limita o coarta la posibilidad de lograr un desarrollo como ser humano en condiciones dignas y justas.<sup>5</sup>

En este punto debe recordarse que si por mandato constitucional se debe en general protección a los niños, en situaciones concretas donde aparece demostrada una ostensible debilidad en razón de unas particulares características físicas y psicológicas de un menor enfermo es procedente con mayor razón la tutela en procura de salvaguardar los derechos a la salud y la vida de manera integral así como su propia dignidad.<sup>6</sup>

A este respecto debe tenerse además en cuenta que como lo ha manifestado la Corte,<sup>7</sup> en diferentes oportunidades, la tutela no solo procede para proteger el derecho a la vida reducido a su simple existencia biológica, sino que la misma debe entenderse dentro de una dimensión mucho más amplia, que comprende una vida digna.

Ahora bien, entre las características propias del servicio público de salud que prevé el ordenamiento legal,<sup>8</sup> se establece que éste debe ser prestado de manera eficaz, lo que implica que la atención se preste de manera continua, oportuna, integral y acorde con la dignidad humana, ello en razón de que la mayoría de las veces para superar las dolencias que aquejan a los seres humanos, se requiere que los tratamientos médicos sean brindados en el momento oportuno, de manera continua e integral evitando cualquier tipo de interrupción, máximo cuando se trata de afecciones graves a la salud.

3.2 La exclusión de ciertos tratamientos, medicamentos y suministros de elementos médicos dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud. La jurisprudencia constitucional cuando está en juego la salud de los niños.

De otra parte debe tenerse en cuenta, que para que el Sistema General de Seguridad Social

en Salud sea viable financieramente, se previó un régimen de exclusiones dado que los recursos del sistema son escasos y que el hecho de asumir todas las necesidades que depara la población en salud resultan altamente onerosas, tanto para las entidades públicas como privadas que los prestan.

Lo anterior implica entonces, que los recursos con que cuenta el sistema de salud deben destinarse prioritariamente a lo más urgente e indispensable, para hacer posible el cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integridad que lo rigen, excluyéndose así los tratamientos, que de no ser autorizados, no afectan los derechos fundamentales de quien los solicita, pues si se prescinde de éstos no se derivan consecuencias negativas para la salud.

Sin embargo como lo ha manifestado esta Corporación<sup>9</sup> en ocasiones anteriores, cuando aparezca que con la aplicación del Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a quienes requieren de los procedimientos excluidos, a tal punto, que de ellos dependen sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la dignidad de las personas, la Corte ha dispuesto que en tales circunstancias, se inaplique la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, ordenando su suministro para evitar de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de las garantías constitucionales, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia de tratamientos comprobados, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio, pues por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema.<sup>10</sup>

De idéntica manera esta Corporación<sup>11</sup> en el particular caso de los niños, ha procedido a inaplicar la reglamentación del plan obligatorio de salud, cuando ha encontrado que con dicha actuación se vulneran los derechos fundamentales de los niños y en tales casos ha procedido a aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución, pues ha señalado que con la disposición legal en la cual se amparaba la negativa de brindar un tratamiento médico que se requiere para mejorar la salud de los niños, se desconoce el postulado de prevalencia de los derechos infantiles, contenido en el artículo 44 Superior, en concordancia con tratados internacionales sobre los derechos de los menores, pues ha considerado que la omisión de brindar un tratamiento especial y adecuado en un niño que tiene problemas físicos o psicológicos afecta su calidad de vida futura y su

dignidad como ser humano.

En tales eventos ha determinado igualmente la Corte, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad promotora de salud a la que esté afiliado el beneficiario, pero ésta tendrá la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.<sup>12</sup>

En la sentencia T-399 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández se dijo:

“4. Renuencia por parte de las EPS de entregar medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud a menores de edad. El caso de la hormona para el crecimiento. Reiteración de jurisprudencia

En forma constante, la jurisprudencia<sup>13</sup> de la Corte Constitucional ha señalado que la negativa de la entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos excluidos del P.O.S. a menores de edad, vulnera el artículo 44 de la Constitución Política que consagra como derechos fundamentales de los niños, y con carácter preferente, los derechos a la salud y a la seguridad social.

Sin embargo, la Corte también ha precisado<sup>14</sup> que para que en estos eventos el juez constitucional que concede el amparo pueda inaplicar las reglas que facultan a las E.P.S. a no suministrar un medicamento excluido del P.O.S., deben darse los siguientes supuestos a saber:

? Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

? Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

? Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.

? Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.<sup>15</sup>

En relación con el caso específico de medicamentos para el crecimiento, la jurisprudencia ha establecido la obligación de las entidades de salud de suministrar hormonas a menores de edad, bajo ciertas consideraciones que para el caso que se revisa deberán tenerse en cuenta.

En Sentencia T-442 de 2000 la Corte indicó que una estatura claramente por debajo de lo normal puede incidir en el desarrollo físico del menor, y también, puede llegar a afectar la autoestima y la dignidad de una niña o un niño, por lo que cuando se niega, sin razón para ello, el medicamento que un menor de edad requiere para poder alcanzar una estatura normal “se 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 sus derechos”.<sup>16</sup>

Igualmente, en Sentencias T-970 y T-1188 de 2001 se concedió el amparo solicitado y se ordenó el suministro de la hormona de crecimiento solicitada, por considerar que si bien es cierto que no se encuentra en peligro inminente el derecho fundamental a la vida del infante, sí se afecta su calidad de vida, porque la ausencia

del tratamiento hormonal hace imposible que su desarrollo físico pueda acercarse a los parámetros normales<sup>17</sup>.

Es de advertir que en los casos relacionados, los menores afectados presentaban circunstancias especiales que determinaron el otorgamiento del amparo tutelar, pues su talla con respecto a su edad era considerablemente baja.

En efecto, mediante sentencia T-442 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corte ordenó practicar un tratamiento con base en una hormona de crecimiento a una menor que a los 11 años de edad tenía la estatura de una niña de 5; en Sentencia T-970 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se dio una orden similar en el caso de un menor que a la edad de 8 años tenía la estatura de un niño de 5; y en sentencia T-1108 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se hizo lo propio en el caso de una menor cuya estatura era 5% inferior al mínimo normal.

En esta oportunidad, deberán reiterarse las consideraciones expuestas en las citadas sentencias, pues aún cuando el problema que presenta la menor Juanita María Castañeda no es la baja estatura, sino la pubertad precoz, se trata de una patología que igualmente tiene incidencia notoria en su salud y en su autoestima, como quiera que en criterio del especialista puede alterar definitivamente sus características sexuales comprometiendo también su estatura.

En efecto, el especialista justificó el riesgo inminente para la salud de la paciente al expresar que se presenta “pubertad precoz con edad ósea avanzada que no detenerse afectaría ostensiblemente el desarrollo sicomotor de la niña, además comprometiendo notoriamente su estatura.”<sup>18</sup>

#### 4. Análisis caso concreto

La señora Sonia Osorio Vidal sostiene que la entidad accionada al no suministrarle a su hija Dayhana Lenis Osorio el medicamento denominado acetato de leuprolide ordenado por el médico tratante adscrito a dicha entidad, el cual requiere con urgencia, pues por la edad ósea de la menor y el tratamiento de hormonas que está recibiendo requiere del mismo para que sus órganos como el corazón y los demás crezcan de manera adecuada, le está vulnerando los derechos a la salud y a la seguridad social.

La entidad accionada precisa que si bien la menor Dayhana Lenis Osorio se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria de esa EPS, la tutela no debe prosperar, pues no existe registro de haber agotado todas las alternativas dentro del Plan Obligatorio de Salud antes de recurrir a este mecanismo, además según expresa no existe un riesgo inminente para la salud o la vida de la menor al no usar el medicamento solicitado, que el mismo se encuentra fuera del POS y fue negado por el Comité Técnico de dicha entidad.

El Juzgado Veintidós Civil Municipal de Santiago de Cali en decisión adoptada el 3 de febrero de 2005, decidió tutelar los derechos a salud en conexidad con la vida, la seguridad social e integridad personal de la menor Lenis Osorio y en tal medida ordenó suministrarle el tratamiento integral y en especial el medicamento acetato de leuprolide conforme a lo formulado por el especialista tratante, hasta el restablecimiento total de su salud, igualmente ordena al Fosyga que dentro del término de 30 días restituya a la entidad accionada los costos del tratamiento que se deriven del mismo.

La entidad accionada presentó impugnación en la que ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda.

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali en providencia del 22 de febrero del año en curso, decidió revocar el fallo impugnado aduciendo que de las pruebas aportadas al proceso se observa que el Comité Técnico Científico Sede Cali, precisó que el medicamento “acetato de leuprolide” no puede ser cargado al Sistema General de Seguridad Social en Salud porque no hay justificación del uso del medicamento no POS, sino hay riesgo inminente para la vida y que además para el caso la señora Sonia Osorio Vidal no acreditó su incapacidad económica para asumir el costo del medicamento.

El Instituto Nacional de Medicina Legal a solicitud del juez de primera instancia practicó dictamen médico el 27 de enero de 2005, donde señaló que la menor requiere de la administración del fármaco solicitado en la dosis recomendada por el especialista tratante a la mayor brevedad posible y que por tanto se le debe garantizar la administración del mismo y de toda la terapéutica que determine el equipo médico tratante, so pena de ir en mayor detrimento de su calidad de vida o aún de colocar su vida en grave riesgo.

Cabe recordar así mismo que en fallo de tutela anterior, el Juzgado 26 Civil Municipal de Santiago de Cali le concedió el amparo a los derechos a la vida y a la salud de Dayhana Lenis Osorio ordenándole a la entidad accionada que le suministrara el medicamento “somotropina humana genotropin” solicitado en esa oportunidad, tomando en consideración lo afirmado por la madre de la menor en el sentido de que ésta padece de “púrpura trombocitopémica inmune” y “lupus erimatoso sistémico”, que ha venido siendo tratada con altas dosis de prednisolona (esteroides), metrotexato, azatioprina y cloroquina. Estos fármacos son de “alto riesgo” pues controlan las enfermedades, pero desencadenan otra serie de inconvenientes, como el de afectar su crecimiento, además de que las patologías sufridas contribuyen igualmente a ello, lo que le ha ocasionado adicionalmente problemas psicológicos.

El medicamento denominado “acetato de leuprolide” que en el presente caso se reclama fue ordenado por el médico tratante adscrito a dicha entidad, el cual requiere con urgencia, pues por la edad ósea de la menor y el tratamiento de hormonas que está recibiendo, requiere del mismo para que órganos como el corazón y los pulmones crezcan de manera adecuada.

Ante las circunstancias anotadas, resulta claro para la Sala, que con la negativa de la entidad

demandada de no prestarle a la menor la atención médica continua, completa y oportuna que requiere la salud y la vida, argumentándose no estar contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, se contraría a la doctrina constitucional de esta Corte,<sup>19</sup> según la cual, tratándose de niños con problemas físicos y psíquicos, las normas que restringen los tratamientos terapéuticos y similares, desconocen los preceptos constitucionales en la medida en que no tienen en cuenta la especial protección que el ordenamiento Superior ha brindado a los menores y se niega la posibilidad de mejorar sus condiciones actuales de vida, en clara violación de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social.

En tal virtud la Sala considera, que para el caso, la acción de tutela debe concederse, pues no puede olvidarse que la propia Constitución Política ha establecido 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 forma ha resaltado la Corte,<sup>20</sup> que en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen reconocidos el carácter de derechos fundamentales, por expresa disposición del artículo 44 de la Carta.

Por su parte, se advertirá a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, que podrá repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta providencia.

### 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 providencia dictada por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Santiago de Cali, el 22 de febrero de 2005, mediante la cual negó la tutela solicitada por la accionante Sonia Osorio Vidal, en representación de su hija, para en su lugar CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Santiago de Cali, mediante la cual se decidió tutelar los derechos a salud en conexidad con la vida, la seguridad social e integridad personal de la menor Dayhana Lenis Osorio.

Segundo. ORDENAR, en consecuencia, al Gerente de la EPS Servicio Occidental de Salud SOS, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación personal de esta sentencia, si es que aún no lo ha hecho, autorice el suministro del medicamento denominado “acetato de leuprolide” que requiere la menor Dayhana Lenis Osorio, según lo ordenado por el médico tratante.

Tercero.- ADVERTIR a la EPS Servicio Occidental de Salud SOS que podrá repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo y que no esté cubierto por el POS.

Cuarto. Por Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver entre muchas otras, las sentencias T-582 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 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 T- 270 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-706 de 2003 y T-421 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

2 M. P Jaime Araujo Rentería.

3 En este sentido, ver sentencias T-165 de 2004 (M.P.:Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-350 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño)

4 Sentencias T- 530 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1019 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-972 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras

5 Ver Sentencias T-1018/02, T-722/01 y T-556/98.

6 En Sentencia T- 175 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil dijo la Corte:

“Lo que pretende la jurisprudencia, tal como se indicó recientemente en la sentencia - T-1344 de 2001- es respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible.<sup>6</sup> De allí, que también el concepto de derecho a la salud, cuando va aparejado de su conexidad con la vida, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.<sup>6</sup>”

7 Ver sentencias T-1018/02, T-722/01,T-610/00, T-556/98.

8 Para el caso téngase presente lo dispuesto por los artículos 153 y 154 de la C.P.

“ARTICULO 153. Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.

9. Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

ARTICULO 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley; (..)"

9 Ver entre muchas otras, las sentencias T-582 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-342 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-05 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa T-270 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-706 de 2003 y T-421 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

10 Al respecto, ver Sentencias T-114 y T-640 de 1997, SU-480/97, SU-819/99; T-442/94; T-691/98; T-875/99; T-685/98, T-514 de 1998, T-556 de 1998.

11 Convención de los Derechos del niño, artículos 3, 6, 23, 24, 26 y 27.

12 Ver entre otras las Sentencia SU-819/99 y T-160/01.

13 Sentencias T-1019 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-972 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

14 Sentencias T-1204 de 2000, T406 de 2001 y T-237 de 2002 entre muchas otras

15 Sentencia T-300/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

16 M.P. Antonio Barrera Carbonell

17 T-970 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

18 Folio 5 del expediente.

19 Ver Sentencia SU-225 de 1998.

20 Ver entre otras las Sentencias T-175/02, T-889/01,T-338/99.

21 Ver entre otras las Sentencias T- 599/03, T-446/03, T-571/01, T-693/01.