

Sentencia T-801/04

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo

NIÑO DISCAPACITADO-Protección en salud

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Límites en la prestación del servicio no pueden desconocer derechos fundamentales de las personas

No obstante la limitación legítima de las EPS en estos eventos, para preservar el equilibrio financiero, su aplicación no puede derechos fundamentales. “si existen unos límites legales para la autorización del servicio, con el fin de preservar el equilibrio financiero de las entidades prestadoras de salud, es responsabilidad del juez verificar, que estos límites no impliquen el desconocimiento de derechos fundamentales a la vida o a la integridad de las personas.”

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Criterios de aplicación

Los criterios expuestos se pueden resumir así : el derecho a la salud de los niños es fundamental autónomo; tratándose de menores que sufren alguna discapacidad o limitación, sobre ellos se predica que tienen derecho a exigir doble deber de protección de sus derechos fundamentales; para la atención en salud de estos menores, las entidades prestadoras del servicio deben distinguir la situación de ellos y la de las demás personas que ni son niños, ni sufren discapacidad; en algunos casos debe otorgarse la protección con independencia de la situación económica de los padres; y, finalmente, el juez de tutela debe examinar en el caso concreto si se cumplen los criterios fijados por la jurisprudencia cuando dispone inaplicar las exclusiones legales de los beneficios del POS, con el fin de preservar el equilibrio económico de las entidades prestadoras de salud.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Suministro de audífonos previa evaluación de médico adscrito a la EPS

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de audífonos y repetición contra el FOSYGA

Referencia: expediente T-926108

Acción de tutela instaurada por Alexander Ramírez Gómez, en representación de su hijo menor de edad, Daniel Felipe Ramírez Mateus, contra la EPS Compensar.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil cuatro (2004).

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Cuarenta y cuatro Penal Municipal de Bogotá, de fecha 19 de abril de 2004, en la acción de tutela presentada por Alexander Ramírez Gómez, en representación de su hijo menor de edad Daniel Felipe Ramírez Mateus, contra la EPS Compensar.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Seis de la Corte, en auto de fecha 10 de junio de 2004 eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Señala el señor Ramírez Gómez que su hijo tiene 7 años se encuentra afiliado a la EPS Compensar, desde el 23 de abril de 2001, en calidad de beneficiario. El menor ha sido intervenido quirúrgicamente en varias oportunidades y presenta graves deficiencias auditivas. Su diagnóstico es “hipoacusia neurosensorial leve a profunda bilateral”. La especialista que lo atendió, le formuló audífonos de las siguientes características : 2 audífonos digitales de alta tecnología, con procesador digital de mínimo 3 canales, programable y un sistema de FM.

Con base en esta formulación, el padre acudió a la EPS Compensar la aprobación del equipo que requiere su hijo, pero se le contestó este tipo de implementos no se encuentran incluidos en el POS, según la Resolución 05261 de 1994, artículo 18. (fl. 11)

Afirmó que estos audífonos son muy costosos y no puede asumir el valor de los mismos, por lo que pide al juez de tutela que de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución, se protejan los derechos de su hijo, pues los problemas auditivos del niño han interferido en su desarrollo personal, social y en el desempeño académico.

Adjuntó fotocopias de los siguientes documentos :

* Resultado y opinión del especialista en neurofisiología clínica, de fecha 27 de enero de 2004. Allí dice que remite Compensar. Se lee que de la práctica de las pruebas, se mostraron “valores de amplitud disminuida, con aumento de latencias ...” En cuanto a la opinión, dice que “los resultados expuesto de potenciales evocados auditivos, muestran aumento bilateral del umbral de respuesta de onda V, relacionado con cambios periféricos mixtos, aparentemente de predominio conductivo.” (fls. 3 a 6)

* Resultado de los exámenes practicados por audióloga el día 18 de diciembre de 2003. (fls. 7 y 8)

* Constancia de fecha 10 de febrero de 2004, concerniente a la recomendación de la especialista en audiología Amparo Torres, que dice lo siguiente : “Se recomienda el uso de dos (2) audífonos digitales de alta tecnología con procesador digital de mínimo 3 canales, programable y un sistema FM, el cual reduce la distancia que hay entre la persona que habla (profesor, instructor) y el deficiente auditivo, como también le da oportunidad de oír el habla de forma fuerte y clara en situaciones de alta competitividad de ruido como es el aula escolar, conferencias, obras de teatro, etc. Los audífonos junto con el sistema FM le brindarán mejores beneficios a nivel académico, lingüístico y social para lograr un mejor desarrollo integral y por ende un adecuado desempeño futuro laboral, personal y social.” (fl. 9)

* Comunicación de Compensar manifestando que esta clase de implementos se encuentra excluido del POS y el formato de negación de servicios, de fecha 24 de febrero de 2004.

2. Trámite procesal.

El Juzgado Cuarenta y cuatro Penal Municipal de Bogotá, en auto de 30 de marzo de 2004, admitió la acción de tutela, ordenó notificar a la EPS Compensar, pidió que se pronuncie sobre la misma y solicitó a la especialista Amparo Torres información respecto del diagnóstico del menor y si ésta adscrita a la EPS Compensar.

3. Respuestas y declaraciones que obran en el proceso.

3.1 Respuesta del abogado de la asesoría jurídica de la EPS Compensar.

En comunicación de 1º de abril de 2004, la EPS se opuso a esta acción de tutela. Manifestó que el menor Daniel Felipe Ramírez Mateus se encuentra afiliado a esa EPS en calidad de beneficiario de Alexander Ramírez Gómez, quien certifica un ingreso base de cotización de \$2.737.000, por parte de dos empresas, lo que desvirtúa la incapacidad económica del actor, además, es éste quien debe probar que no tiene los recursos para sufragar el costo de lo formulado, tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-683 de 2003. Pone de presente que al menor se le han brindado todos los servicios que ha solicitado.

Cita jurisprudencia y disposiciones legales con el fin de demostrar la improcedencia de la acción de tutela y que la conducta de la EPS es legítima. En consecuencia, solicita que se declare improcedente la acción de tutela, se vincule al Ministerio de la Protección Social, Fosyga, y, si no obstante lo anterior, el juez de tutela considera que la EPS debe asumir el costo de los audífonos no cubiertos por el POS, se debe ordenar el reembolso de los dineros dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro, tal como lo establece la Corte, en especial, en la sentencia SU-480 de 1997.

3.2 Diligencias de declaraciones de Alexander Ramírez Gómez, Sandra Lilibiana Mateus Suárez y María Juana Suárez Hernández, progenitores y abuela del menor.

De las tres declaraciones rendidas a instancias del juzgado, se destacan los siguientes puntos : el menor nació enfermo del corazón, se le han realizado las cirugías necesarias. Presenta problemas neurológicos y auditivos. Ha sido sometido a terapias del lenguaje y ocupacional.

Se le habían realizado pruebas auditivas desde los 3 años, resultando normal. Cuando tenía 6 años, resultó que no le funcionaba bien el oído y la especialista en audiometría le formuló audífonos. El profesional tratante lo remitió a otro examen, que resultó normal. Ante estas diferencias de concepto, los padres decidieron llevarlo a una consulta particular y la especialista en audiometría diagnosticó que el niño necesitaba audífonos. Lo que fue corroborado con otra audiometría. Los padres manifestaron que habían observado que el niño era distraído, que oye si se le habla de frente y en voz alta, lo que crea un conflicto familiar, porque el menor cree que se le está gritando o regañando. En el colegio siempre ha tenido problemas académicos porque el profesor no puede estar siempre en frente de él, lo que ayuda a que se distraiga. El niño estudia en el colegio de Cafam. Los padres no han pensado en trasladarlo a uno especial, pues consideran que cuando tenga los audífonos y con las terapias ocupacionales se solucionará el problema. Los 2 profesionales que lo han visto son de Compensar. Pero respecto de la profesional que dio el concepto de los audífonos, no sabe si está o no adscrita a Compensar, pues fue una consulta particular. Afirman que no hay alternativa diferente a los audífonos y la terapia. Los audífonos son muy especiales y cuestan alrededor de cinco o siete millones de pesos.

El despacho judicial indagó sobre los ingresos familiares para determinar si existe la incapacidad económica de la familia para adquirir las prótesis.

3.3 Respuesta de la especialista en audiología Amparo Torres Baquero al juez de tutela.

En comunicación del 14 de abril de 2004, la especialista informó que no está adscrita a la EPS Compensar. Que el menor le fue remitido para valoración de audífonos. No es la médica tratante, ya que ella es especialista en audiología. El diagnóstico del niño es “hipoacusia neurosensorial severa a profunda bilateral descendente.”

Señala que audiológicamente el niño requiere adaptación de 2 audífonos, un sistema FM, binaural y terapia del lenguaje auditivo verbal. Sobre las preguntas del juez concernientes a si el niño requiere cirugía, si existe tratamiento alternativo que ofrezca los mismos o mejores resultados que los audífonos que recomendó, y sobre el estado de salud del menor, la especialista dijo que esos temas son de la competencia del médico tratante. Respecto de las consecuencias que le trae al niño el no uso de los audífonos, respondió que la adaptación de estas prótesis auditivas y el tratamiento finoaudiológico especializado “le permitirán al niño

un desarrollo integral a nivel lingüístico, escolar, social y en el futuro laboral, como ciudadano colombiano.” (fl. 43)

4. Sentencia que se revisa.

En providencia del 19 de abril de 2004, el Juzgado Cuarenta y cuatro Penal Municipal de Bogotá denegó la tutela pedida. Señaló la sentencia que para que los derechos a la seguridad social y a la salud se consideren fundamentales es necesario que se cumplan los requisitos mencionados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la sentencia T-645 de 1996, que son : que opere en conexidad con otro derecho fundamental; que sea entendida como la asistencia pública que debe presentarse ante una calamidad; que se dé ante casos de extrema necesidad; y, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado. Cita, además, apartes de la sentencia T-395 de 1998.

Considera que si bien los audífonos no son en sí mismos esenciales para la vida del menor, sí los requiere para su desarrollo como persona humana en crecimiento, en sus relaciones familiares, sociales y escolares. Sin embargo, para que proceda la inaplicación de las exclusiones del POS, es preciso que se den las condiciones fijadas por la jurisprudencia, en sentencias SU-819 de 1999, T-1457 de 2000, T-1572 de 2000, entre otras. Es decir, que la negativa de la entidad amenace derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal; que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por otro que esté contemplado en el POS, o que el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad; que el paciente realmente no pueda sufragar el costo; y, que el tratamiento o medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle el demandante.

Pone de presente que el valor de los audífonos formulados no pudo ser exactamente determinado, éstos oscilan entre 5 y 7 millones de pesos, pues no se allegó ninguna cotización al respecto. Examina los ingresos y egresos de los padres, y opina que así como asumieron una obligación para la financiación de una vivienda sobre planos, con una cuota mensual significativa para el ingreso familiar, están en el deber de privilegiar la adquisición de los audífonos que requiere el menor. Por ello, no puede el despacho judicial permitir que sea la EPS o el Fosyga quienes deban asumir el valor de los audífonos, cuando no se está ante un caso de insolvencia económica, sino ante la evidente de falta de jerarquización y

priorización de necesidades.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

2. Lo que se debate.

2.1 Se debate si la negativa de la EPS Compensar de suministrar las prótesis auditivas que se le formularon al menor Daniel Felipe Ramírez Mateus, viola los derechos fundamentales consagrados a favor de los niños, en el artículo 44 de la Constitución, pues, el padre afirma que no tiene los recursos económicos para asumir el costo de los mismos.

2.2 La EPS señaló que al menor se le ha prestado toda la atención médica que ha requerido, por lo que no ha habido violación de ninguno de sus derechos fundamentales. En cuanto al suministro de los audífonos digitales de alta tecnología, éstos no se aprobaron porque no se encuentran incluidos dentro de los beneficios del POS, según la Resolución 05261 de 1994, artículo 18.

2.3 La sentencia que se revisa denegó la tutela porque si bien el menor requiere las prótesis para su desarrollo como persona en crecimiento, en sus relaciones familiares, sociales y escolares, no está probada la insolvencia económica de los padres. Consideró que los progenitores deben privilegiar sus obligaciones, con el fin de adquirir los audífonos.

2.4 Planteado así el asunto, esta Sala de Revisión considera que el punto a examinar radica en reiterar la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte sobre el derecho a la salud de los niños como derecho fundamental autónomo. Desde esta perspectiva, se examinará la procedencia o no de esta acción de tutela, en cuanto a la negativa de la EPS de suministrar audífonos.

3. Jurisprudencia de la Corte respecto de los derechos de los menores y la protección a la salud de los niños como derecho fundamental autónomo. Consecuencias derivadas de esta

garantía en lo concerniente a la aplicación de las normas vigentes de exclusión de los beneficios del POS.

“En el presente caso basta, no obstante, recordar la tesis sostenida por la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas ocasiones en el sentido de que cuando se trata de niños en términos constitucionales, o sea personas menores de edad, el derecho a la salud es en sí mismo un derecho fundamental.¹

En efecto, como el propio texto constitucional lo señala en su artículo 44, el derecho a la salud de los niños es fundamental.² La Constitución de 1991 quiso dar una protección especial a ciertos sujetos en ciertos ámbitos, como por ejemplo a los indígenas en su participación en el Senado de la República (artículo 171) o a las mujeres en los niveles decisorios de la administración pública (artículo 40). En el campo de la salud, uno de los grupos a los que el constituyente decidió brindarle una protección especial es a los niños. Al respecto dijo la Sala Cuarta de Revisión,

“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.

Por su carácter de derecho fundamental, el Estado tiene entonces la obligación de garantizar la atención de la salud de los menores, bien porque las prestaciones que ello implica se hagan efectivas en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales (...)”³

Así pues, es claro que para que un juez de tutela conozca de una acción de tutela en la que se invoca la protección al derecho a la salud de un niño, no es necesario que exista conexidad⁴ alguna con cualquier otro derecho fundamental, pues como se dijo, en este caso la garantía constitucional adquiere la categoría de fundamental.

2.2 Ahora bien, el que el derecho a la salud, en sí mismo considerado, adquiriera en el caso de los niños el carácter de fundamental no dice mucho sobre el alcance del derecho, así como tampoco sobre las limitaciones que sobre este puedan justificarse a la luz de la Constitución. Esto sin desmedro de que, en ciertas ocasiones se deriven de la norma sobre el derecho

fundamental de los niños a la salud (art. 44 C.P.) derechos subjetivos concretos judicialmente exigibles de manera inmediata, en cabeza del menor titular del derecho. Un asunto es si un derecho ostenta el carácter de fundamental para determinar, entre otras cosas, los mecanismos idóneos para su protección, mientras que otro muy distinto es cuáles son los derechos subjetivos que se desprenden de la norma constitucional. El primer asunto se refiere a la exigibilidad del derecho y a las vías procesales idóneas para solicitar amparo judicial. El segundo toca con el alcance del derecho así como sobre los límites legítimos a su ejercicio para determinar los derechos subjetivos específicos que se encuentran dentro de su ámbito de protección en cada caso.” (sentencia T-1279 de 2001, MP, doctor Manuel José Cepeda Espinosa)

3.2 Así mismo, la Corte se refirió a los deberes frente al niño discapacitado y beneficiario del trabajador asalariado, señalando que si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, y que la atención que debe recibir es integral. En la sentencia T-134 de 2001, se expuso lo siguiente :

2.2. Deberes frente al niño discapacitado y beneficiario del trabajador asalariado.

Con este título encabezó la Corte Constitucional una de las consideraciones incluidas en la sentencia T-179/005, que resulta pertinente reiterar en esta ocasión, pues el asunto a resolver es similar; dijo en esa acasión esta Corporación:

“En el constitucionalismo humanista, el hombre es el centro de la atención del Estado. Si ese ser humano es además un niño discapacitado, con mayor razón debe ser protegido. Esa protección, en materia de salud le corresponde no solo al Estado sino también a la familia y a la sociedad.

“En la sentencia T-174/94 6 se habla del deber constitucional de los padres en el sostenimiento a sus hijos impedidos. Se indicó que los padres deben constitucionalmente dar la educación y manutención de sus hijos en la minoría de edad y la incapacidad física o mental que impide el autoaporte.⁷

“La atención a un niño discapacitado, por consiguiente, incluye la atención casera de los

padres, hacia la permanente colaboración en el tratamiento de la enfermedad de sus hijos. Pero no siempre a eso se puede reducir la atención. Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse. Y todos ellos: familia, Estado y sociedad deben otorgar lo que más puedan a favor del niño discapacitado.

“Esta Corte Constitucional en el caso de los niños enfermos del síndrome de dawm, indicó que el Instituto de los Seguros Sociales no puede exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales.

“Por consiguiente, a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno).

En esa perspectiva, es claro que la negativa de la entidad demandada es contraria a la doctrina constitucional de esta Corte, puesto que ese comportamiento niega al menor la posibilidad de mejorar sus condiciones actuales de vida, y le priva del medio idóneo para procurar neutralizar su impotencia frente a la pérdida sensorial que sufre, y superar parcialmente la carencia funcional que le impide comunicarse con los demás.” (sentencia T-134 de 2001, MP, doctor Carlos Gaviria Díaz)

3.3 Además, la Corte ha dicho que en materia de derechos fundamentales de los menores, debe el juez constitucional hacer la distinción entre la situación de un menor que sufre alguna discapacidad y requiere algún servicio no incluido en el plan obligatorio de salud, y la situación de cualquier otro beneficiario del sistema general de seguridad social al que legítimamente la EPS le puede negar un servicio que no está en el POS. Así lo señaló la sentencia T- 480 de 2002, MP, doctor Jaime Córdoba Triviño, en los siguientes términos :

Finalmente, la Sala advierte que en el caso presente está en juego también el mandato

constitucional de proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Esto es así porque la entidad accionada ha hecho abstracción completa de la condición física y mental de Paula Andrea y ha desconocido que esas condiciones la hacen un sujeto de especial protección. Esa condición, paradójicamente, la ha sometido a un tratamiento discriminatorio pues no se ha hecho distinción entre la situación en que ella se encuentra y el estado en que se halla un beneficiario del sistema general de seguridad social al que legítimamente se le puede negar un servicio no incluido en el plan obligatorio de salud.

Como puede advertirse, entonces, la negativa de la entidad accionada de suministrarle a Paula Andrea el corsé ortopédico y el medicamento que requiere vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la seguridad social en salud y a la igualdad.” (sentencia T-480 de 2002, M.P., doctor Jaime Córdoba Triviño)

3.4 También ha dicho la Corte que existen eventos en que el juez de tutela debe proteger el derecho a la salud de un menor, aunque no se demuestre la incapacidad económica de los padres. En efecto, en la sentencia T-786 de 2001 se dijo :

“Tercera. Caso concreto. Protección a la salud del niño aunque no se demuestre la incapacidad económica de sus padres.

El derecho a la salud de los niños tiene protección especial constitucional, se tiene, no sólo como un derecho fundamental sino como un deber de la sociedad y de los entes estatales, a salvaguardar su salud y a proporcionarles un mejor modo de vida.

La Corte Constitucional ha expuesto el tema de la protección que el Estado debe a la salud de los niños, tal como lo menciona en la sentencia T-355 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis, que al referirse a otras sentencias trajo a colación lo siguiente⁸:

” ... 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.”

“De acuerdo con lo establecido en el artículo 49 de la Carta⁹, el derecho a la salud tiene un contenido prestacional, y la ampliación progresiva de su cobertura, hasta alcanzar a todos los miembros de la sociedad, está sujeta a las circunstancias materiales del Estado y al desarrollo legal. Excepcionalmente, adquiere el carácter de fundamental por conexidad; esto sucede cuando de su vulneración se deriva, en forma directa, el desconocimiento de otro derecho de tal naturaleza, como la vida o la dignidad humana.”

No obstante, 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.”

El juez de instancia dejó de lado el tema de los niños, sin considerar la Constitución de 1991, que en su artículo 44, eleva a derecho fundamental la salud de los niños; al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se considera importante su protección debido al alto grado de vulnerabilidad a que están expuestos¹⁰.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la salud se encuentra dentro de los derechos sociales, económicos y culturales debido a su contenido prestacional, por tanto, no son considerados como derechos fundamentales, pero cuando éstos afectan directamente derechos catalogados como tal, es por ejemplo el derecho a la integridad física y a tener una vida digna, es preciso protegerlos, más aún cuando se trata de niños o ancianos que se encuentran indefensos frente a políticas sobre la materia, casos en los cuales es procedente la acción de tutela. Como referencia se puede tener en cuenta las sentencias SU-043/95, SU-111/97, SU-480/97 y T-670/97, entre otras.

Por otra parte, cabe aclarar que efectivamente existe reglamentación respecto de medicamentos que son excluidos del POS, como el caso de la droga que requiere el menor Felipe Higuera, ampolla TOXIMA BOTULINICA por 100ui, que no está dentro de la lista de medicamentos esenciales; pero, teniendo en cuenta el presente caso, cuando se deja de

utilizar el medicamento ordenado por el médico especialista, se está afectando la integridad física y la salud del menor, situación en la cual, es posible inaplicar normas que pongan en peligro estos derechos fundamentales, para proteger y prolongar la vida digna del menor¹¹.” (sentencia T-786 de 2001, M.P., doctor Alfredo Beltrán Sierra)

3.5 Ahora bien, en cuanto a la negativa legítima de las EPS de no suministrar algunos medicamentos, tratamientos, prótesis y cirugías, entre otros, porque estos beneficios están excluidos del plan obligatorio de salud, de acuerdo con las reglamentaciones legales vigentes, hay que la Corte ha manifestado que estas exclusiones no violan per se el derecho a la salud, pues, esta clase de limitaciones están encaminadas a garantizar a la población una mayor cobertura en la prestación efectiva del servicio público a la seguridad social, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, de que trata el artículo 48 de la Constitución.

Sin embargo, no obstante la limitación legítima de las EPS en estos eventos, para preservar el equilibrio financiero, su aplicación no puede derechos fundamentales. En la sentencia T-1019 de 2002, de esta Sala de Revisión, se dijo que “si existen unos límites legales para la autorización del servicio, con el fin de preservar el equilibrio financiero de las entidades prestadoras de salud, es responsabilidad del juez verificar, que estos límites no impliquen el desconocimiento de derechos fundamentales a la vida o a la integridad de las personas.”

En la misma sentencia T-1019 de 2002, que analizó el derecho a la salud de un niño que a su vez sufre una importante disminución auditiva, implica que en este menor recae el doble deber de protección, pues “por una parte, es un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental, según establece el artículo 44 de la Constitución y, en tal medida, puede ser susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, y, por la otra, sufre una discapacidad sensorial, lo que lo hace sujeto, también, a que el Estado, directa o indirectamente, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta, en los siguientes términos “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. Más adelante señaló que según la Constitución y en armonía con los principios de solidaridad que allí se establecen, surge tanto para el Estado, como para la sociedad y la familia el deber de suministrar protección privilegiada a los

menores que se encuentran en una situación como la que se analiza.

3.6 Finalmente, hay que mencionar que si bien la jurisprudencia citada está encaminada a lograr la protección efectiva del derecho a la salud de menores que sufren limitaciones física o mentales, no quiere decir que la inaplicación de las exclusiones del POS opere automáticamente en estos eventos. No. Los requisitos que la jurisprudencia de la Corte ha establecido para ordenar el suministro de servicios de salud excluidos del POS, también rigen en el caso de los niños que sufren limitaciones.

En efecto, un caso semejante al sub exámine fue analizado por la Corte en la sentencia T-225 de 2003, en el que un menor requería audífonos pero no había sido evaluado por la entidad que lo tenía afiliado, y que además, se negó a suministrarlos por estar excluidos del POS, se señaló :

“En el caso bajo revisión, está establecido que: a) la falta de los audífonos que le recetaron vulnera los derechos fundamentales del menor; b) esa prótesis no se puede reemplazar con medicinas o tratamientos que sí figuran en el listado oficial del P.O.S.; c) el menor no cuenta con un patrimonio o rentas propias, y su progenitor, quien devenga el salario mínimo, sólo puede costear los audífonos a costa de sacrificar la satisfacción de las necesidades más básicas del núcleo familiar;

Resta por cumplir el requisito del médico tratante, frente a lo cual esta Sala considera lo siguiente:

De acuerdo a la comunicación suscrita por CAFESALUD E.P.S., y de conformidad a las pruebas aportadas por el señor Correa Rodríguez, concluye esta Sala que los procedimientos reclamados por esta vía no fueron ordenados por un médico tratante vinculado a la demandada¹² y bajo esas condiciones no sería posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues es la propia jurisprudencia constitucional¹³ la que ha fijado como requisito indispensable para inaplicar las normas que excluyen tratamientos y medicamentos del P.O.S. el que la valoración provenga de un médico adscrito a la entidad accionada.

Sin embargo, en la misma comunicación suscrita por Cafesalud E.P.S., la entidad deja ver, que aún con la autorización respectiva de un médico adscrito a esa entidad, los audífonos no serían suministrados por cuanto son elementos que no contempla el P.O.S. Así pues, en

cualquiera de las hipótesis posibles, la entidad no tiene ninguna voluntad de hacer la entrega de los audífonos y antepone por el contrario, razones de orden administrativo y legal.

En esa perspectiva, no duda la Corte en concluir que la negativa de la entidad demandada es contraria a la doctrina constitucional de esta Corporación, puesto que ese comportamiento niega al menor la posibilidad de mejorar sus condiciones actuales de vida, y le priva del medio idóneo para procurar neutralizar su impotencia frente a la pérdida sensorial que sufre, y superar parcialmente la carencia funcional que le impide comunicarse con los demás.

Ahora bien, observa la Sala que el fallo de instancia, negó la tutela a los derechos del menor JAVIER CORREA, basado en la ausencia de una orden proveniente de un médico tratante y por en consecuencia releva a Cafesalud de cualquier obligación. No obstante, habiéndose negado la tutela, paradójicamente, el fallo de instancia dirigió las ordenes a garantizar el derecho a la salud del menor.

Por consiguiente, en opinión de la Corte, si en cualquiera de los casos, la E.P.S. se ha inclinado por negar los audífonos, es preciso, contrario a lo que resolvió la instancia, que se conceda la tutela interpuesta ordenando a Cafesalud que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, realice la evaluación médica del menor JAVIER CORREA, y en caso de ser autorizados los audífonos éstos sean suministrados por CAFESALUD E.P.S. sin que se pueda oponer para su negativa, la reglamentación del P.O.S. Se indicará además que la E.P.S. accionada puede repetir contra el fondo de solidaridad el costo de las prótesis auditivas que no figuran en el listado oficial del plan obligatorio de salud.” (sentencia T-225 de 2003, MP, doctora Clara Inés Vargas Hernández)

Los criterios expuestos se pueden resumir así : el derecho a la salud de los niños es fundamental autónomo; tratándose de menores que sufren alguna discapacidad o limitación, sobre ellos se predica que tienen derecho a exigir doble deber de protección de sus derechos fundamentales; para la atención en salud de estos menores, las entidades prestadoras del servicio deben distinguir la situación de ellos y la de las demás personas que ni son niños, ni sufren discapacidad; en algunos casos debe otorgarse la protección con independencia de la situación económica de los padres; y, finalmente, el juez de tutela debe examinar en el caso concreto si se cumplen los criterios fijados por la jurisprudencia cuando dispone inaplicar las exclusiones legales de los beneficios del POS, con el fin de preservar el equilibrio económico

de las entidades prestadoras de salud.

Estos criterios que privilegian sin lugar a dudas al menor discapacitado se encuentran consagrados en la Carta en los artículos que se refieren al derecho a la igualdad, la integridad personal, la dignidad de la persona. Es decir, en todas aquellas normas que reconocen que “El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana.” (T-002 de 1992)

De acuerdo con lo anterior, se analizará el caso concreto.

4. El caso concreto.

En la presente acción de tutela, está probado que se trata de un menor que tiene 7 años, que sufre una discapacidad auditiva, que es beneficiado del régimen contributivo de salud, a través de la afiliación de su padre, a quien le fueron formulados unos audífonos de alta tecnología por una especialista que no está adscrita a la EPS Compensar, y que, el padre manifestó que no tiene los medios económicos suficientes para adquirirlos.

En estas condiciones, no es posible que la Corte ordene el suministro de los audífonos de alta tecnología, ni ningún otro, pues, se repite, no fueron formulados por el especialista de la EPS, pero, a su vez, esta Sala no puede ignorar que está probado que el menor tiene un problema auditivo, que le obstaculiza su desarrollo como persona, en especial, en sus relaciones familiares, sociales y educativas, y que, aun en el evento de que se le formulen los audífonos por el especialista adscrito, es probable que también la EPS se niegue a suministrarlos, porque están fuera del POS.

Por consiguiente, se está ante la amenaza de vulneración de derechos fundamentales del menor con limitaciones auditivas que debe ser protegido en sus derechos fundamentales a la salud, integridad física y dignidad de la persona.

Entonces, tal como hizo la Corte en la sentencia T-225 de 2003 transcrita, se concederá la tutela pedida y se ordenará a la EPS que disponga lo necesario para que el menor sea evaluado por los especialistas adscritos, y, en caso de que se le ordenen los audífonos, éstos deben suministrársele en el menor tiempo posible y deberán corresponder a los especificados por el médico tratante o el especialista de la EPS, sin que pueda objetarse que

están por fuera del POS.

En razón de lo anterior, se revocará la del Juzgado Cuarenta y cuatro Penal Municipal de Bogotá, de fecha 19 de abril de 2004, en la acción de tutela presentada por Alexander Ramírez Gómez, en representación de su hijo menor de edad Daniel Felipe Ramírez Mateus, contra la EPS Compensar.

Sólo resta señalar que la EPS podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga), para que esta entidad le reconozca el valor de los audífonos que en cumplimiento de esta tutela hubiere suministrado. Este Fondo deberá dar trámite a la solicitud respectiva y, en el evento de que prospere procederá a realizar el reintegro a que hubiere lugar en un plazo prudencial, que la Corte estima de 6 meses como suficiente (v gr sentencias T-1173 de 2003, T-085 de 2004, T-142 de 2004).

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE :

Primero : Revocar la sentencia del Juzgado Cuarenta y cuatro Penal Municipal de Bogotá, de fecha 19 de abril de 2004, en la acción de tutela presentada por Alexander Ramírez Gómez, en representación de su hijo menor de edad Daniel Felipe Ramírez Mateus, contra la EPS Compensar. En consecuencia, se protegen los derechos fundamentales a la salud, a la integridad, al libre desarrollo a la personalidad y a la dignidad del niño Ramírez Mateus.

Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, la EPS en mención, iniciará las gestiones necesarias para que el menor Daniel Felipe Ramírez sea atendido por los especialistas, con el fin de determinar si requiere audífonos y de cuáles características. Si los especialistas formulan estas prótesis, la EPS deberá suministrárselos en el menor tiempo posible y de acuerdo con las características formuladas. En este caso, la EPS no podrá negarse a entregarlos con el argumento de que están excluidas del POS.

Segundo : A la Empresa Promotora de Salud demandada EPS Compensar, le asiste el derecho

de repetir por lo que pague en cumplimiento de este fallo de tutela ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga), para lo cual este organismo deberá dar trámite a la solicitud respectiva y, en el evento de que prospere, procederá a realizar el reintegro a que hubiere lugar en un plazo prudencial, que la Corte estima de 6 meses como suficiente.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Entre otros fallos pueden verse los siguientes: T-075/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-286/98 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-046/99 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-887/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-414/01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-421/01 (M.P. Alvaro Tafur Galvis). En todos ellos la respectiva Sala de Revisión consideró que el derecho a la salud de los niños es fundamental.

2 “Artículo 44 — Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, (...)”

3 Sentencia T-075/96; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

4 En varios casos la Corte ha derivado de la Constitución misma el derecho a que se

practiquen cirugías o se suministren ciertos medicamentos, a pesar de no estar contemplados dentro del Plan Obligatorio de salud (POS), debido a que está en juego otra garantía constitucional. Por ejemplo: prótesis de las extremidades inferiores (T-941/00), atención integral de sida (T171/99 y T-1166/00), pañales a personas de la tercera edad (T-099/99), atender una inflamación crónica en la vejiga (T-975/99), suministro de viagra a personas con disfunciones sexuales (T-926/99) o drogas para la depresión (T-409/00).

5 M.P. Alejandro Martínez Caballero

6 M.P. Alejandro Martínez Caballero

7 Ver T-533/93

8 Ver entre muchas otras las sentencias T-165 de 1995, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa , T-75 de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, SU-819 de 1999, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis, SU-043 de 1995, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, T-153 de 2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

9 Cfr sentencia T-75 de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

10 Ver las siguientes sentencias T-075/96, SU- 225/98, T-236/98, T-286/98, T-453/98, T-514/98, T-556/98, T-784/98, T-796/98, T-046/99, T-117/99, T-119/99, T-093/00, T-153/00, T-610/00, T-622/00, T-1430/00.

11 T-114, 640 y 647 de 1997; T-628, 631 y 736 de 1998, dando aplicación a las sentencias de Sala Plena SU-111 y SU-480 de 1997. C-112 de 1998, T-370, 385 y 419 de 1998, T-236, 283, 286, 328 y T-560 de 1998.

12 Aparece a folio 2 del expediente un estudio de una fonoaudióloga no adscrita a la entidad accionada.

13 Sentencia T-256 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería entre otras