

## Sentencia T-883/04

REGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO DE SALUD-Diferencia en caso de servicios excluidos cuando se trata de niños

La diferencia entre los regímenes contributivo y subsidiado en relación con la prestación de los servicios que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud que corresponde a cada uno de ellos, se desdibuja frente al caso de los niños. En efecto, los servicios de mayor complejidad no son prestados por las Administradoras del Régimen Subsidiado sino por el Estado, mientras que en el régimen contributivo las E.P.S. están en la obligación de garantizar dicha atención con la posibilidad de repetir contra el FOSYGA. Sin embargo, y frente al caso de los niños, éstos deben recibir la misma protección en ambos regímenes, de conformidad con lo establecido por la Corte.

INCAPACIDAD ECONOMICA-Reglas probatorias que se han establecido/PRESUNCION DE VERACIDAD DE INCAPACIDAD ECONOMICA-Beneficiarios del Sisbén

La doctrina constitucional ha establecido una serie de reglas probatorias en torno a la incapacidad económica de quienes requieren servicios que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo. Estas reglas son aplicables al caso bajo estudio, aún más por tratarse de una persona afiliada al SISBEN, frente a quien existe una presunción de condiciones de precariedad socioeconómica precisamente por el tipo de vinculación al que fue acogida en el Régimen Subsidiado, y, además, en cuyo carné de afiliación consta que es una persona del área rural y de estrato 1.

JUEZ DE TUTELA-Deber de practicar pruebas

La Corte pone de presente que el director administrativo de la A.R.S. pasó por alto que en la historia clínica de la menor, a nombre de quien fue solicitado el amparo constitucional, sí aparece el diagnóstico y el plan de manejo para la enfermedad aducida por la actora en su escrito de tutela. En igual error valorativo incurrió el Juez de instancia, quien, acogiendo los argumentos expuestos en la contestación de la acción, decidió negar el amparo, pues tampoco observó el diagnóstico que aparece en la mencionada historia clínica. Lo anterior es a todas luces atentatorio de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la menor, quien padece una grave enfermedad que no le ha sido tratada de manera adecuada a fin de

lograr una mejora en su salud. Con todo, si el Juez consideraba que no obraban las pruebas suficientes dentro del expediente, era su obligación, como juez de tutela, desarrollar la gestión probatoria en orden a garantizar la realización de los derechos invocados, pues por regla general, los jueces de tutela deben impulsar la gestión probatoria necesaria para proferir el fallo más acorde con la salvaguarda de los derechos fundamentales que en este caso, sin lugar a dudas, se ven comprometidos. No sobra además, relevar el hecho de que la señora dentro de su escrito de tutela había solicitado recibir declaración del médico, a fin de allegar más pruebas que respaldaran lo relatado en la presente acción, prueba ésta que no fue practicada por el Juez.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR EN REGIMEN SUBSIDIADO-Tratamiento por anemia que está excluido en el POS-S/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

En desarrollo de los criterios sentados en la Sentencia SU-043 de 1995 y en consideración a que la salud de los niños es un derecho fundamental que prevalece sobre los derechos de los demás, se aplicará en el presente caso la tesis establecida en la sentencia T-972 de 2001, según la cual, 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 A.R.S. a la cual está afiliado prestarle el tratamiento requerido, quedando la misma A.R.S. facultada para repetir en contra del FOSYGA.

Referencia: expediente T-920346

Acción de tutela instaurada por Elena del Carmen Aguirre Montiel, en representación de su hija Ruth Esther Berrocal Aguirre, contra la Caja de Compensación Familiar de Córdoba -COMFACOR- A.R.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Sierra Porto, quien la preside, en

ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Montería en el asunto de la referencia.

### I. ANTECEDENTES.

Elena del Carmen Aguirre Montiel, en representación de su hija Ruth Esther Berrocal Aguirre, interpuso acción de tutela contra COMFACOR A.R.S. con el objeto de que fueran amparados los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la menor.

### Hechos.

Los hechos referidos por la actora en su escrito de tutela, se resumen así:

- 1.- La hija de la peticionaria es beneficiaria del Régimen Subsidiado SISBEN y se encuentra afiliada a la A.R.S. de la Caja de Compensación Familiar de Córdoba -COMFACOR-.
- 2.- A la menor le fue diagnosticada la enfermedad "Anemia Aplástica (sic) Severa", por lo que requiere ser remitida a la ciudad de Medellín en donde se llevará a cabo el tratamiento requerido para la recuperación de su salud.
- 3.- No obstante lo anterior, al allegar la documentación requerida a fin de solicitar la orden para el traslado de la menor, la entidad accionada dio respuesta negativa. Adujo para ello que el tratamiento para dicha enfermedad se encuentra excluido del POS-S.
- 4.- La ciudadana Aguirre Montiel sostiene que no cuenta con los recursos económicos para asumir el costo del tratamiento prescrito a la menor.

### Solicitud de tutela.

- 5.- La actora solicita que se tutelen los derechos invocados y, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada la expedición de la remisión de su hija a la ciudad de Medellín, así

como la cobertura total del tratamiento en cuestión.

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Aguirre Montiel.
- Fotocopia del carné de afiliación de la menor Ruth Esther Berrocal Aguirre a la A.R.S. COMFACOR.
- Fotocopia del registro civil de nacimiento de la menor.
- Fotocopia de la historia clínica de la menor, del Hospital Universitario San Vicente de Paúl.

Intervención de la entidad demandada.

6.- En escrito presentado el 12 de abril de 2004, el Director Administrativo de COMFACOR A.R.S. solicitó al juez de conocimiento no acceder a las pretensiones de la actora. Argumentó para ello que dicha entidad no ha vulnerado los derechos invocados.

Informó que la menor Ruth Esther Berrocal Aguirre ha recibido toda la atención médica que ha requerido desde el momento en que es beneficiaria de esa A.R.S. Para sustentar lo afirmado, relató que en marzo de 2003 la niña fue remitida a la Clínica Cardiovascular por presentar "Comunicación Interventricular". Posteriormente, la entidad accionada autorizó su hospitalización, tratamiento odontológico bajo anestesia general y consulta con cardiología pediátrica. De igual manera, en abril del mismo año, autorizó consulta de oncohematología pediátrica, a fin de descartar causas de trastornos hematológicos. Por último, en julio del año pasado le fue autorizada nueva consulta de cardiología pediátrica, donde se solicitó la práctica de exámenes de laboratorio para, posteriormente, someterla a la cirugía de "cierre de ductus con coils, cateterismo cardíaco izquierdo, ventriculografía izquierda y aortografía" servicios médicos que le fueron autorizados y suministrados en su totalidad. Además, al momento actual continúa en controles post operatorios por la enfermedad cardíaca que padece.

Por último, indicó que en la historia clínica de la menor no aparece información alguna respecto de la patología "Anemia Aplástica (sic) Severa" referida por la actora en el escrito de tutela. Sin embargo, agregó que de demostrarse científicamente este diagnóstico, se hará

necesario informar a la tutelante que los procedimientos que la niña requiere se encuentran excluidos del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, de conformidad con los Acuerdos 72 y 74 de 1997 expedidos por el Ministerio de Salud. En tal caso, señaló el director administrativo de la entidad accionada, se le orientará y se le brindará apoyo con un escrito dirigido a la Secretaría de Salud para que la enfermedad le sea tratada en calidad de vinculada al Sistema, con cargo al subsidio a la oferta, tal y como lo estipula el artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

Finalizó su intervención afirmando que en ningún momento la salud de la menor se ha encontrado desprotegida, pues el Estado garantiza a través de la Red Pública la atención de todos aquellos procedimientos que no se encuentran contemplados en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado.

Sentencia objeto de revisión.

7.- El conocimiento de la tutela correspondió en única instancia al Juzgado Segundo Penal Municipal de Montería, que por sentencia del 19 de abril de 2004 decidió negar el amparo solicitado. El Juez acogió los argumentos expuestos por el director administrativo de la entidad demandada, por lo cual afirmó -al igual que aquel- que en la historia clínica de la menor no aparece el diagnóstico ni la autorización de los procedimientos requeridos para tratar la enfermedad alegada por la peticionaria.

De igual manera, señaló que de conformidad con las disposiciones que regulan la materia, existen algunos procedimientos médicos no cubiertos por las Administradoras del Régimen Subsidiado, pero que son atendidos por las entidades públicas prestadoras de salud o por las privadas con las que el Estado ha suscrito los contratos respectivos, precisamente, con el propósito de que las personas de escasos recursos económicos no se vean desprotegidas y puedan contar con la atención médica que requieren. Indicó, sin embargo, que lo anterior no excusa a las A.R.S. del deber de informar a los usuarios que precisan servicios excluidos del P.O.S. Subsidiado y quienes no cuentan con los recursos económicos para costear el valor del tratamiento, que tienen la posibilidad de acudir a las autoridades municipales o distritales con el fin de que éstas les informen qué instituciones públicas o privadas que hayan suscrito contrato con el Estado se encuentran en capacidad de dispensarles el servicio de salud requerido.

Revisión por la Corte Constitucional.

8.- Remitido el expediente a esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2004, la Sala de Selección Número Seis dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio.

2.- La demandante, quien actúa en representación de su hija Ruth Esther Berrocal Aguirre, afirma que a la niña le fue diagnosticada la enfermedad Anemia Aplástica (sic) Severa y, en consecuencia, el médico tratante prescribió su remisión a Medellín para que en esa ciudad se llevara a cabo el tratamiento requerido. Sin embargo, COMFACOR A.R.S. negó la solicitud de traslado aduciendo para ello que el tratamiento de dicha enfermedad se encuentra excluido del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, ante lo cual la peticionaria considera que a su hija le fueron vulnerados los derechos fundamentales a la vida y a la salud. En consecuencia, solicita se ordene a la entidad demandada autorizar la remisión y cubrir la totalidad del tratamiento que precisa la menor.

3.- De otra parte, el director administrativo de COMFACOR A.R.S. estima que no ha vulnerado los derechos invocados por la ciudadana Aguirre Montiel. Lo anterior, por cuanto a su hija se le ha brindado la totalidad de la atención y los servicios de salud que ha requerido desde el momento en que ostenta la calidad de beneficiaria de la entidad. Así mismo, señaló que en su historia clínica no aparece el diagnóstico de la enfermedad referida por la peticionaria, ni la orden del médico tratante en donde conste que la niña requiera la remisión a la ciudad de Medellín, a fin de que allí se lleve a cabo el tratamiento específico para su recuperación. Por lo anterior, solicitó al Juez de conocimiento desestimar las pretensiones de la actora. Sin embargo, aclaró que de constatarse científicamente el diagnóstico referido, la entidad no podrá cubrir su tratamiento, pues el mismo se encuentra excluido del Plan de Beneficios del

Régimen Subsidiado, ante lo cual la entidad procederá a brindar a la usuaria la orientación del caso, a fin de que a través de la Red Pública le sean suministrados los servicios en salud que requiere su hija.

4.- El juez de conocimiento denegó el amparo solicitado. Señaló para ello que los hechos referidos por la actora no aparecen probados en el expediente, toda vez que en la historia clínica de la menor Ruth Esther Berrocal Aguirre no se encuentra el diagnóstico de la enfermedad Anemia Aplástica (sic) Severa ni la orden médica para llevar a cabo el tratamiento correspondiente. A juicio del A-quo, de las pruebas que obran en el expediente no es posible colegir la vulneración de sus derechos fundamentales.

5.- De acuerdo con los hechos reseñados, procede la Corte Constitucional a determinar si la menor de seis (6) años de edad, Ruth Esther Berrocal Aguirre, quien está inscrita en el Régimen Subsidiado de Salud, tiene el derecho a que se le suministre el tratamiento necesario para la enfermedad Aplasia Medular o Anemia Aplásica de Fanconi que padece, a pesar de que dicho tratamiento no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud de dicho régimen (POS-S) y, en caso afirmativo, a quién corresponde prestar dicha atención y bajo qué criterios se debe prestar.

Para resolver el problema jurídico propuesto, la Sala hará referencia previamente: (i) al Sistema de Seguridad Social en salud y al régimen subsidiado, específicamente en lo atinente a la prestación de servicios de salud requeridos por los menores de edad, de conformidad con la jurisprudencia proferida por esta Corporación (ii) Se estudiarán, de igual manera, las reglas sobre incapacidad económica y, finalmente, (iii) se determinará a quién corresponde prestar la atención requerida por la menor.

Los derechos a la salud y a la seguridad social. Sistema de seguridad social en salud y régimen subsidiado.

6.- Los derechos a la salud y a la seguridad social aparecen consagrados en la Carta Política en el Capítulo II del Título II, bajo la denominación de “derechos económicos, sociales y culturales”.

El artículo 48 de la Constitución señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con

sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Prescribe además que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, el cual podrá ser prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

Por su parte, el artículo 49 dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Señala también este artículo que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asigna a la ley la labor de señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Estas garantías constitucionales cobran aún mayor fuerza tratándose de los menores de edad, para quienes el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental. En efecto, el artículo 44 de la Constitución Política prescribe:

“Son derechos fundamentales de los niños: 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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (Subraya fuera del texto).

7.- En desarrollo de las disposiciones constitucionales referidas, el legislador creó el sistema

de seguridad social integral, mediante la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>, uno de cuyos objetivos es el de garantizar la ampliación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad<sup>2</sup>, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral<sup>3</sup>.

Para la consecución del objetivo antes mencionado, el legislador conformó el sistema general de seguridad social en salud, uno de cuyos componentes es el régimen subsidiado de salud (Ley 100 de 1993, arts. 211 y ss).

La administración del régimen subsidiado corresponde a las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, las cuales suscribirán contratos de administración del subsidio con las entidades promotoras de salud E.P.S. que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las E.P.S. que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el plan de salud obligatorio<sup>5</sup>.

La Ley 100 de 1993 prescribe, igualmente, que todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en salud y que unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados<sup>6</sup>.

Se hace necesario tener en cuenta que el caso que ocupa a la Sala de Revisión en esta oportunidad, gira en torno a la eventual vulneración del derecho a la salud de una menor de seis años de edad con una grave patología que se encuentra excluida del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado. Por ello, se procederá a repasar lo que esta Corporación ha dicho en relación con el derecho a la salud de los menores de edad.

El derecho a la salud es un derecho fundamental de los niños.

8.- La Corte Constitucional ha desarrollado su jurisprudencia relativa al derecho a la salud de los menores, reiterando que, de conformidad con el artículo 44 arriba transcrito, para este sector de la población los derechos a la salud y a la seguridad social adquieren el carácter de fundamentales. Así, por ejemplo, en fallo de unificación de 1995<sup>7</sup>, la Corte ordenó al Instituto

de Seguros Sociales Seccional Antioquia que prestara la atención requerida por un menor de cinco años de acuerdo con su patología – esclerosis tuberosa o enfermedad de Bounerille y enfermedad renal quística con diagnóstico de incurable –, cuyo tratamiento no estaba incluido dentro de aquellos que, de acuerdo con las normas, eran competencia del ISS.

Más adelante, en 1998, la Corte estableció criterios para el análisis del derecho a la salud de los niños. En la Sentencia T-505 de ese año, se ordenó al ISS seccional Valle del Cauca prestar la atención requerida por un menor de edad de cuatro años, quien sufría de cáncer y cuyo padre no contaba aún con las semanas de cotización necesarias para tener acceso al tratamiento pertinente, de acuerdo con la reglamentación del ISS8.

De igual manera, en sentencia T-972 de 20019, esta Corporación ordenó a la E.P.S. Salud Cóndor S.A. llevar a cabo las gestiones necesarias para realizar el procedimiento consistente en transplante de hígado que requería una niña de 7 años de edad, afiliada al Régimen Subsidiado, a quien se le negaba la prestación del servicio de salud que requería por padecer la enfermedad Hipertensión Portal y Várices esofágicas secundarias, bajo el argumento de que la intervención quirúrgica aducida se encontraba excluida del POS-S. En este fallo, la Corte determinó que, debido a la grave enfermedad que presentaba la menor, lo cual hacía urgente el transplante objeto de la acción de tutela, no era procedente esperar a que hubiera recursos de la oferta disponibles para financiar el tratamiento médico, sino que se debía preferir la alternativa más expedita a fin de lograr la protección constitucional requerida por la menor. En atención a lo anterior, la Corte expidió una orden concreta a la E.P.S. demandada bajo la consideración de ser ésta la entidad con mayor capacidad de respuesta para suministrar el tratamiento requerido de manera urgente por la menor.

9.- Por lo anterior, la diferencia entre los regímenes contributivo y subsidiado en relación con la prestación de los servicios que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud que corresponde a cada uno de ellos, se desdibuja frente al caso de los niños. En efecto, los servicios de mayor complejidad no son prestados por las Administradoras del Régimen Subsidiado sino por el Estado, mientras que en el régimen contributivo las E.P.S. están en la obligación de garantizar dicha atención con la posibilidad de repetir contra el FOSYGA. Sin embargo, y frente al caso de los niños, éstos deben recibir la misma protección en ambos regímenes, de conformidad con lo establecido por la Corte en el fallo arriba reseñado. Con esos criterios, entra la Sala a examinar el presente caso.

Análisis del caso concreto.

10.- Contrario a lo señalado tanto por el director administrativo de COMFACOR A.R.S. como por el Juez de conocimiento, es evidente que a la menor Ruth Esther Berrocal Aguirre sí le fue diagnosticada la enfermedad Aplasia Medular o Anemia Aplásica de Fanconi, lo cual aparece claramente consignado en su historia clínica. En efecto, la menor fue atendida por urgencias en el Hospital Universitario San Vicente de Paúl el 8 de marzo de 2003 por la médica pediatra Mónica María Ramírez Correa, quien diagnosticó la patología denominada Aplasia Medular y ordenó la remisión de la menor a cardiología y a oncohematología infantil (fl. 9). Posteriormente, el 13 de los mismos mes y año, al ser sometida a valoración por la médica Lorena Serna, especialista en oncología del mismo hospital, dicho diagnóstico fue confirmado, al determinarse: "Paciente actualmente estable hemodinámicamente, con Aplasia Medular que requiere más estudios para aclarar causa (Anemia de Fanconi)" y más adelante señala: "Por ahora no es prudente cirugía cardiovascular hasta no aclarar su trastorno hematológico", para finalizar con el plan de manejo: "Se programa para biopsia médula ósea y aspirado, cariotipo M.O. y estudio de fragilidad cromosómica". (fl. 10).

De ello se desprende que la menor, afiliada en calidad de beneficiaria a la A.R.S. de COMFACOR (inscrita en el Régimen Subsidiado de Salud), tiene derecho a que esta entidad le suministre el tratamiento que requiere por padecer Aplasia Medular o Anemia de Fanconi, con la posibilidad de que ejerza la correspondiente acción de repetición contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). Esto se ve reforzado por el hecho de que la actora aduce no contar con los recursos económicos suficientes para cubrir el tratamiento pertinente para la recuperación de su salud.

11.- Así, procederá la Sala a evaluar lo atinente a la incapacidad de pago de la peticionaria, a fin de determinar si, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, es posible establecer que la señora Aguirre Montiel no cuenta con los recursos económicos que le permitan cubrir los gastos para el tratamiento médico que requiere su hija, ordenado por los pediatras del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, teniendo en cuenta su calidad de afiliada al SISBEN.

12.- La doctrina constitucional ha establecido una serie de reglas probatorias en torno a la incapacidad económica de quienes requieren servicios que se encuentran excluidos del Plan

Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo. Estas reglas son aplicables al caso bajo estudio, aún más por tratarse de una persona afiliada al SISBEN, frente a quien existe una presunción de condiciones de precariedad socioeconómica precisamente por el tipo de vinculación al que fue acogida en el Régimen Subsidiado, y, además, en cuyo carné de afiliación consta que es una persona del área rural y de estrato 1.

Estas reglas probatorias fueron sintetizadas en la sentencia T-683 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, de la siguiente manera:

Con base en esta doctrina constitucional sobre las pruebas de la incapacidad económica, se colige que, por no haber sido desvirtuadas por la parte demandada, las afirmaciones hechas por la señora Aguirre Montiel en su escrito de tutela en relación con la precaria situación económica en la que se encuentran ella y su familia, son afirmaciones que están cobijadas por una presunción de veracidad, al amparo del principio de la buena fe (art. 83 C.P.), respaldadas, además, por los datos consignados en el carné, arriba referidos. Por ello, esta Sala considera que no se puede de ninguna manera exigir a la actora la financiación del tratamiento que requiere su hija, como tampoco el pago de cuotas de recuperación o copagos.

13.- En el caso que ocupa a esta Corporación, el Juez de conocimiento denegó el amparo de los derechos fundamentales de la menor Ruth Esther Berrocal Aguirre, invocados por la peticionaria, pues, acogiendo los argumentos esgrimidos por el director administrativo de la A.R.S. accionada, estimó que en la historia clínica de la niña no aparecía el diagnóstico ni la orden del tratamiento de la enfermedad Aplasia Medular o Anemia Aplásica de Fanconi cuyo suministro es solicitado en sede de tutela.

De conformidad con lo expresado a lo largo de esta providencia, la Corte pone de presente que el director administrativo de la A.R.S. COMFACOR pasó por alto que en la historia clínica de la menor, a nombre de quien fue solicitado el amparo constitucional, sí aparece el diagnóstico y el plan de manejo para la enfermedad aducida por la actora en su escrito de tutela. En igual error valorativo incurrió el Juez de instancia, quien, acogiendo los argumentos expuestos en la contestación de la acción, decidió negar el amparo, pues tampoco observó el diagnóstico que aparece en la mencionada historia clínica. Lo anterior es a todas luces atentatorio de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la menor Berrocal

Aguirre, quien padece una grave enfermedad que no le ha sido tratada de manera adecuada a fin de lograr una mejora en su salud. Con todo, si el Juez consideraba que no obraban las pruebas suficientes dentro del expediente, era su obligación, como juez de tutela, desarrollar la gestión probatoria en orden a garantizar la realización de los derechos invocados, pues por regla general, los jueces de tutela deben impulsar la gestión probatoria necesaria para proferir el fallo más acorde con la salvaguarda de los derechos fundamentales que en este caso, sin lugar a dudas, se ven comprometidos. No sobra además, relevar el hecho de que la señora Aguirre Montiel dentro de su escrito de tutela había solicitado recibir declaración del médico Luis Meza, a fin de allegar más pruebas que respaldaran lo relatado en la presente acción, prueba ésta que no fue practicada por el Juez.

14.- En el presente caso, entonces, está suficientemente demostrado que la niña Ruth Esther Berrocal Aguirre padece de la patología denominada Aplasia Medular o Anemia Aplásica de Fanconi, por lo cual requiere de manera urgente el tratamiento para recuperarse, además de los exámenes prescritos por los médicos pediatras del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, a fin de clarificar las causas de los trastornos sufridos por la menor. Además de lo anterior, la peticionaria carece, de manera objetiva, de los recursos suficientes para costear el valor total de los exámenes y demás procedimientos médicos que requiere su hija con urgencia para conservar su integridad física y su vida. Tampoco tiene la posibilidad de procurarse la atención por otros medios, tales como la medicina prepagada, los planes complementarios o los beneficios que surjan con ocasión de una relación laboral, pues precisamente por su debilidad económica, es beneficiaria del SISBEN.

No obstante lo anterior, es claro, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, que la A.R.S. COMFACOR no tiene la obligación legal de cubrir el costo del tratamiento en cuestión, a pesar de ser quien lo puede ordenar de forma más expedita. Exigir a la A.R.S. COMFACOR que corra de manera definitiva con un gasto no previsto – así el mismo sea necesario para garantizar la protección de los derechos fundamentales de la menor Ruth Esther Berrocal Aguirre – es desproporcionado.

Por ello, y debido a la primacía de los derechos fundamentales de los niños, se ordenará a la A.R.S. COMFACOR adelantar las gestiones pertinentes para que a Ruth Esther Berrocal Aguirre se le suministren, a la mayor brevedad, el tratamiento, los procedimientos y los exámenes médicos que requiere. La A.R.S. podrá repetir en contra del Fondo de Solidaridad y

Garantía (FOSYGA) para que éste asuma los gastos en que se incurra para garantizar el tratamiento de Ruth Esther Berrocal Aguirre, según lo determinen los médicos especialistas en la materia.

En conclusión, en desarrollo de los criterios sentados en la Sentencia SU-043 de 1995 y en consideración a que la salud de los niños es un derecho fundamental que prevalece sobre los derechos de los demás, se aplicará en el presente caso la tesis establecida en la sentencia T-972 de 2001, según la cual, 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 A.R.S. a la cual está afiliado prestarle el tratamiento requerido, quedando la misma A.R.S. facultada para repetir en contra del FOSYGA.

### III. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Juez Segundo Penal Municipal de Montería el 19 de abril de 2004, mediante la cual denegó el amparo invocado.

SEGUNDO.- CONCEDER la protección solicitada al derecho fundamental a la salud de los niños. En consecuencia, ORDENAR a la A.R.S. COMFACOR que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, adopte las decisiones necesarias para que se suministre el tratamiento, exámenes y procedimientos médicos que requiere la menor Ruth Esther Berrocal Aguirre en una institución prestadora del servicio de salud con capacidad técnica adecuada para realizarlo. La A.R.S. podrá repetir en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) para que éste asuma los gastos en que se incurra para garantizar el tratamiento de Ruth Esther Berrocal Aguirre, según lo determinen los médicos especialistas en la materia.

TERCERO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Según lo dispone el artículo 8º de la Ley 100 de 1993, el sistema de seguridad social integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en esta ley.

2 Para la Ley 100 de 1993, el principio de solidaridad consiste en la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables (art. 2º).

3 Cfr. Artículo 6º numeral 3 de la Ley 100 de 1993.

4 Cfr. Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

5 Cfr. Artículo 215 de la Ley 100 de 1993.

6 Ver artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

7 Ver sentencia SU-043 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

8 Sentencia T-505 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

9 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.