

Sentencia T-975/08

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de pañales por enfermedad a niña de 12 años

Para esta Corte no hay duda de que los niños tienen una protección constitucional reforzada respecto de su derecho fundamental a la salud, lo que implica la obligación para el Sistema General de Seguridad Social en Salud de suministrar de manera adecuada todas las prestaciones que se requieran para cubrir sus necesidades. Como quiera que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental y autónomo cuya protección procede a través del mecanismo de tutela, esta Corporación ha señalado que cuando se solicite un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS- es necesario verificar que los padres del menor carezcan de recursos económicos suficientes para costear el valor del artículo, medicamento o procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS- y que, los mismos hayan sido prescritos por el médico tratante, profesional adscrito a la Entidad Prestadora de Salud a la que se solicita el beneficio

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso en que se dan los presupuestos para que se ordene el suministro de pañales aunque la orden haya sido dada por médico no adscrito a la EPS pero que es quien la ha tratado

Es evidente que la menor padece de INCONTINENCIA a raíz de un problema congénito de cadera, tal como se lee de la declaración juramentada rendida por su señora madre ante el Juez, y si bien es cierto que el médico, quien ha tratado a la menor no es un galeno adscrito al Seguro Social EPS, también lo es que esta Corporación en sus providencias ha considerado que el cuarto y último requisito necesario para inaplicar las normas que excluyen prestaciones del Plan Obligatorio de Salud -POS- se cumple siempre que, quien prescribe el medicamento, artículo o servicio solicitado sea el médico tratante del paciente quien invoca la protección por vía de tutela.

Referencia: expediente T-1927599

Acción de tutela instaurada por Liliana María Montoya Restrepo en representación de su hija María Alejandra Vásquez Montoya contra el Seguro Social EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio 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 de tutela de única instancia dictado por el Juzgado Promiscuo de Familia de Andes -Antioquia-, el día tres (3) de marzo de dos mil ocho (2008), en el trámite de la acción de tutela instaurada por la señora Liliana María Montoya Restrepo en representación de su hija María Alejandra Vásquez Montoya contra el Seguro Social EPS.

I. ANTECEDENTES.

La señora Liliana María Montoya Restrepo en representación de su hija María Alejandra Vásquez Montoya interpuso acción de tutela en contra de el Seguro Social EPS, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la salud y la protección especial de la cual es titular su hija menor.

HECHOS.

La señora Liliana María Montoya Restrepo sustentó su demanda de acuerdo con los siguientes hechos:

1.- Manifestó que desde que su hija María Alejandra Vásquez Montoya nació - veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)- presenta problemas de cadera, razón por la cual tuvieron que practicarle una cirugía y continuar con su tratamiento en el Seguro Social EPS con diferentes especialistas.

2.- Aunado a lo anterior, añadió que a raíz de su condición, la menor ha venido presentando problemas de INCONTINENCIA, motivo por el cual el médico tratante, Doctor Álvaro D. Mejía, le ordenó utilizar pañales para mejorar su situación.

3.- Narró que, al acudir a la EPS para solicitar los pañales, le contestaron que los mismos no se encontraban incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS-, razón por la cual debía costearlos ó interponer una tutela.

4.- Por último expresó que, “he agotado todos los recursos ante la Institución accionada pero hasta la fecha ha sido imposible, desconociendo que somos beneficiarias de dicho Instituto desde hace aproximadamente 11 años y estamos al día en los aportes.”¹

Solicitud de tutela.

6.- La señora Liliana María Montoya Restrepo considera vulnerados los derechos fundamentales a la vida, salud y protección a la niñez de su hija María Alejandra Vásquez Montoya, por lo que solicita se ordene al Seguro Social EPS suministrarle los pañales ordenados por el médico tratante, Doctor Álvaro D. Mejía, para controlar y manejar el problema de INCONTINENCIA que sufre la menor.

Pruebas aportadas al proceso.

7.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Liliana María Montoya Restrepo.²
- Copia de la fórmula médica emitida por el Doctor Álvaro D. Mejía, adscrito a la ESE Hospital San Rafael, en la que se lee: “María Alejandra Vásquez mujer de 12 años con antecedente de micromeningocele (sic) corregido quirúrgicamente con inlonanercia (sic) ...confirmada con urodinamia (sic) por lo que requiere el uso de pañales en el día # 5 (cinco)”⁴
- Copia de la solicitud de pañales presentada por la señora Liliana María Montoya Restrepo en representación de su hija María Alejandra Montoya Vásquez al Seguro Social y su respectiva negación por no estar incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS-.⁵
- Copia del testimonio rendido por la señora Liliana María Montoya Restrepo el día veintiséis

(26) de febrero de dos mil ocho (2008) en el que se lee:

“ PREGUNTADA: Cuál es el motivo por el cual usted interpusiera esta acción de tutela en contra de la EPS SEGURO SOCIAL?

CONTESTA: Por los pañales de la niña, ella no controla nada de esfínteres, como no hay posibilidad de darle los pañales diarios, entonces por eso.

PREGUNTADA: Díganos cuál fue el médico que le ordenó a la menor MARÍA ALEJANDRA VÁSQUEZ MONTOYA los pañales a los que usted hace alusión en la demanda?

CONTESTA: Ella siempre me la ha visto en el Hospital León XIII, el doctor del Hospital, es de apellido Mejía.

PREGUNTADO: Díganos el médico Mejía, se encuentra adscrito a qué entidad, si a una entidad particular o pública o a qué hospital?

CONTESTA: El se encuentra en el Hospital San Rafael de acá de Andes.

PREGUNTADA : La menor y su demás grupo se encuentra afiliada a alguna EPS o ARS?

CONTESTA: EPS Seguro Social, en Medellín la atienden en el Hospital León XIII y en el Hospital de Itagüí, nivel 1.

PREGUNTADA: El médico que le recomendó los pañales, le dijo que estos eran esenciales para la vida en conexidad con la salud de su hija María Alejandra?

CONTESTA: Sí, por lo que ella tiene incontinencia, los pañales son para el manejo de la enfermedad.

PREGUNTADA: Los pañales ordenados en qué le ayudarían a la menor María Alejandra a llevar una vida digna en conexidad con la salud y la seguridad social?

CONTESTA: Como a que ella se sienta más cómoda, porque si yo le colocaría (sic) de tela ella no sería capaz de colocárselos y los desechables ella se los lleva para el colegio.

PREGUNTADA: Usted ha gestionado ante la entidad demandada la entrega de los pañales

ordenados y cuál ha sido la respuesta dada?

CONTESTA: Yo los pedí en el Seguro Social en Monterrey y me dijeron que eso no le regalan a uno así, que tiene que ser tutelado (sic), desde los cuatro años la tengo en tratamiento.

(...)

PREGUNTADA: Por qué razón en Hospital San Rafael de esta localidad manifiesta que la menor María Alejandra no tiene historia clínica en esa institución?

CONTESTA: Porque yo allá no la he llegado a llevar.

(...)”6

- Copia del carné de afiliación de la menor María Alejandra Vásquez Montoya en calidad de beneficiaria de su padre Nicolás Edilson Vásquez Tirado.8

Intervención de la ESE Hospital San Rafael.

8.- La ESE Hospital San Rafael a través de su auxiliar administrativa, Ana Victoria Cardona Londoño, le informó al Juzgado de conocimiento en única instancia que: “en nuestro archivo no reposa historia clínica de la menor MARÍA ALEJANDRA VÁSQUEZ MONTOYA ...”9

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Única Instancia. Juzgado Promiscuo de Familia de Andes -Antioquia-.

El Juzgado Promiscuo de Familia de Andes -Antioquia-, mediante sentencia proferida el día tres (3) de marzo de dos mil ocho (2008) negó el amparo solicitado por la señora Liliana María Montoya Restrepo a los derechos fundamentales de su hija María Alejandra Vásquez Montoya a la vida, salud y protección a la niñez, por considerar que en el presente caso no se cumplía con todos los presupuestos necesarios para inaplicar la reglamentación sobre limitaciones o exclusiones del Plan Obligatorio de Salud -POS-, señalados por la Corte Constitucional.

Así las cosas, para el juez de única instancia “se entrevé que es aplicable una de las limitaciones del POS, pues lo pedido en la demanda no fue prescrito por un médico adscrito a

la Entidad de Salud a la cual se encuentra afiliada la menor (...)”10

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Seis (6), mediante Auto del veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos 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 señora Liliana María Montoya Restrepo considera vulnerados los derechos a la salud, vida y protección a la niñez de su hija María Alejandra Vásquez Montoya por parte del Seguro Social EPS al negarle el suministro de PAÑALES DESECHABLES para el manejo del problema de INCONTINENCIA que ésta padece desde tiempo atrás ordenados por el médico tratante, Doctor Álvaro D. Mejía G.

Por tal razón, solicita se ordene al Seguro Social EPS suministrarle los PAÑALES DESECHABLES necesarios para el manejo de la INCONTINENCIA que sufre su hija.

Por su parte, la ESE Hospital San Rafael -Andes-, por medio de su auxiliar administrativa, señaló no reposar en los archivos de esa entidad la historia clínica de la menor María Alejandra Vásquez Montoya.

El Juzgado Promiscuo de Familia de Andes -Antioquia-, negó el amparo solicitado por la señora Liliana María Montoya Restrepo a los derechos fundamentales a la salud, vida y protección a la niñez de su hija María Alejandra Vásquez Montoya por no ser el médico quien ordenó el suministro de los pañales, un profesional de la salud adscrito al Seguro Social EPS.

3.- Con fundamento en lo expuesto, debe la Sala revisar la sentencia emitida que niega la

protección solicitada. En este orden de ideas, deberá resolver el siguiente problema jurídico: (i) ¿El Seguro Social EPS desconoció los derechos fundamentales a la salud, vida y protección de la niñez de la menor María Alejandra Vásquez Montoya al negarle el suministro de PAÑALES DESECHABLES para el manejo del problema de INCONTINENCIA que padece?

Para resolver las cuestiones planteadas estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) el derecho a la salud de los niños, (ii) el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud y, (iii) analizar el caso concreto.

EL derecho a la salud de los niños. Derecho fundamental, autónomo y prevalente. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 los derechos de los niños son fundamentales y prevalecen sobre los demás. En tal sentido, el constituyente de 1991 quiso establecer una especial protección de ese grupo poblacional dada su situación de indefensión y vulnerabilidad y, adecuar los preceptos constitucionales a los tratados internacionales¹¹ que, por expreso mandato del artículo 93 Superior hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por ello, de igual manera, la Carta Política estableció el deber para el Estado, la sociedad y la familia de proteger y asistir al niño para garantizar su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte en desarrollo del mandato constitucional ha dispuesto que para mitigar la condición de debilidad manifiesta en la que se encuentran, los niños son sujetos de especial protección y merecen una especial atención del Estado, a través de todos sus órganos, bien sean del poder central o de las entidades territoriales, así como también de los particulares, la sociedad y la familia, por ser una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”¹²

De igual manera, en sentencia C-172 de 2004, esta Corte señaló que las razones por las cuales los niños son merecedores de dicha protección radica en: “(i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art 1° de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; (ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y; (iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la

salud, la educación y el bienestar de los mismos.”

Por otro lado, esta Corte, acorde con los Tratados Internacionales ratificados por Colombia¹³ y el artículo 44 Superior, en sus providencias ha dispuesto que el derecho a la salud de los niños es fundamental autónomo¹⁴. En ese orden de ideas, ha considerado que no es necesario demostrar que la vulneración del derecho a la salud del infante amenaza, a su vez, el derecho fundamental a la vida del menor pues en esos precisos eventos ese derecho que, referido al resto de la población ostenta el carácter de prestacional por ser un servicio público a cargo del Estado, puede ser amparado directamente mediante el ejercicio de la acción de tutela.

Por tal razón, el Estado Colombiano debe garantizar la prestación de un adecuado servicio de salud, más aún tratándose de menores de edad, e impedir que a través de sus órganos y los particulares en los que ha delegado la función de proporcionar tal servicio vulneren o desconozcan tan preciado bien jurídico.¹⁵

Por consiguiente, para esta Corte no hay duda de que los niños tienen una protección constitucional reforzada respecto de su derecho fundamental a la salud, lo que implica la obligación para el Sistema General de Seguridad Social en Salud de suministrar de manera adecuada todas las prestaciones que se requieran para cubrir sus necesidades¹⁶.

Suministro de medicamentos excluidos en Plan Obligatorio de Salud. Reglas sobre la inaplicación de las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

5.- Si bien es cierto que la consagración legal de un Plan Obligatorio de Salud posee fundamento constitucional y en esa medida justifica la delimitación de las responsabilidades y obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud en aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social, también lo es que debe haber una debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, en especial la vida en condiciones dignas y la integridad física.

Bajo ese supuesto, se presenta una tensión entre la determinación constitucional de

exclusión de ciertas prestaciones a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, en aras de garantizar la asistencia de un servicio eficaz y eficiente¹⁷ y, la efectiva protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio, especialmente el de la vida e integridad física, habida cuenta la condición de inmunidad que los cobija, conforme al artículo 5° constitucional y, el expreso fin estatal de garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución por el artículo 2° de la misma.¹⁸

Con todo, esta Corte para ofrecer una efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas ha establecido que en determinados casos, en aplicación del artículo 4° de la Constitución Política de 1991, es posible inaplicar las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud -POS-, siempre que se cumplan con los requisitos que, igualmente, ha establecido esta Corporación.

Con todo, como quiera que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental y autónomo cuya protección procede a través del mecanismo de tutela, esta Corporación ha señalado que cuando se solicite un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS- es necesario verificar que los padres del menor carezcan de recursos económicos suficientes para costear el valor del artículo, medicamento o procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud -POS- y que, los mismos hayan sido prescritos por el médico tratante, profesional adscrito a la Entidad Prestadora de Salud a la que se solicita el beneficio¹⁹.

Por lo tanto, tratándose del derecho fundamental a la salud de los niños, el juez de tutela debe verificar si los supuestos de hecho que motivan la interposición acción de tutela se adecuan a los requisitos que esta Corte ha dispuesto para inaplicar las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud -POS- y de encontrarlo fundado, ordenar su suministro.

Del caso en concreto.

6.- De acuerdo con las consideraciones de esta Corte, la protección a los derechos a la vida, salud y protección a la niñez de la menor María Alejandra Vásquez Montoya, invocado por su madre Liliana María Montoya Restrepo quien la representa, procede a través del mecanismo de tutela, toda vez que se evidencia su presunta violación por parte del Seguro Social EPS al negarle el suministro de los pañales desechables, como quiera que los mismos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En ese sentido, esta Corte es competente para

conocer y analizar del caso y ordenar la protección de los derechos fundamentales presuntamente violados.

7.- Así las cosas, para esta Sala es evidente que la menor María Alejandra Vásquez Montoya padece de INCONTINENCIA a raíz de un problema congénito de cadera²⁰, tal como se lee de la declaración juramentada rendida por la señora Liliana María Montoya Restrepo al Juzgado Promiscuo de Familia de Andes, Antioquia, el día veintiséis (26) de febrero de dos mil ocho (2008).²¹

8.- Ahora bien, tal como se estableció en la parte considerativa de esta providencia, independientemente de que la vulneración del derecho a la salud de la menor María Alejandra Vásquez Montoya haga peligrar su vida, lo cierto es que por el sólo hecho de ser una infante, su derecho -a la salud- adquiere el carácter de fundamental y así, lo hace susceptible de protección por vía de tutela. Por ello, esta Sala encuentra que es pertinente analizar si el caso en sub examine se adecua a los parámetros trazados por esta Corporación para inaplicar las normas que regulan la exclusión de los PAÑALES DESECHABLES del Plan Obligatorio de Salud -POS-.

A este respecto, es importante señalar que esta Corte en innumerables ocasiones ha ordenado a las Entidades Promotoras de Salud el suministro del PAÑALES DESECHABLES a menores de edad que sufren incontinencia, por diferentes causas.

Así por ejemplo, en Sentencia T-155 de 2006 esta Corte consideró que “En el presente caso nos encontramos frente a la negativa de suministrar unos elementos que se encuentran por fuera del POS (pañales), con los cuales se pretende mejorar la calidad de vida de la menor Lina Paola y, de paso, evitarle mayores complicaciones a su ya deteriorada salud. No se pueden anteponer al reconocimiento de derechos fundamentales de los niños restricciones de orden legal, como lo hacen los jueces de instancia, ni acudir al argumento de que el padre de la menor devenga un salario mucho mayor que el de gran parte de sus conciudadanos. Evidentemente el demandante es un suboficial de la Fuerza Pública que además del gasto diario de los pañales de su hija, debe atender todos los gastos de su familia que les permitan una digna subsistencia.”

En igual sentido, en Sentencia T-212 de 2008, esta Sala dispuso: “En reciente pronunciamiento²², esta Corporación realizó un desarrollo de la protección que el

ordenamiento constitucional e internacional le ha dado a las personas con discapacidad, señalando que “[a] partir de estas garantías de protección, se desprenden un conjunto de deberes en cabeza de las autoridades públicas y de los particulares quienes en sus actuaciones han de proceder de modo que se considere de manera especial a estas personas y se les respeten sus derechos constitucionales fundamentales.”

En tal contexto y a partir de la información allegada por el médico tratante de la menor, existe certidumbre de que el estado de salud de la niña presenta serias dificultades, razón por la cual el suministro del insumo solicitado (pañales desechables) lo que busca en últimas es la protección del derecho fundamental a la vida en condiciones de dignidad²³”

Así las cosas, para esta Sala es evidente que la señora Liliana María Montoya Restrepo no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear el valor de los PAÑALES DESECHABLES que su hija requiere, como quiera que en el expediente obra declaración juramentada rendida por la accionante ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Andes, Antioquia, en la que manifiesta no tener los medios económicos necesarios para sostener las erogaciones que implican el uso de tal artículo²⁴.

Ahora, si bien es cierto que el Doctor Álvaro D. Mejía G, quien ha tratado a la menor María Alejandra Vásquez Montoya en su problema de cadera e incontinencia²⁵, no es un galeno adscrito al Seguro Social EPS, también lo es que esta Corporación en su providencias ha considerado que el cuarto y último requisito necesario para inaplicar las normas que excluyen prestaciones del Plan Obligatorio de Salud -POS- se cumple siempre que, quien prescribe el medicamento, artículo o servicio solicitado sea el médico tratante del paciente quien invoca la protección por vía de tutela²⁶.

Al respecto señaló la sentencia C-463 de 2008: “Respecto de las prestaciones de salud ordenadas por el médico tratante, entre las cuales se encuentran los medicamentos pero también los diagnósticos, exámenes, intervenciones, cirugías etc., o cualquier otro tipo de prestación en salud, es claro para la Corte que cuando a una persona la aqueja algún problema de salud, el profesional competente para indicar el tratamiento necesario para promover, proteger o recuperar la salud del paciente es el médico tratante. Por tanto, evidencia la Sala que una vez que el médico tratante ha determinado qué necesita en términos médicos un paciente, ese requerimiento se convierte respecto de ese ciudadano en

particular en un derecho fundamental a ser protegido por el sistema general de salud, por cuanto es aquello que la persona necesita en concreto para que se garantice efectivamente su derecho fundamental a la salud.”

De esta forma, la exigencia del requisito explicado, según el cual la procedencia del reconocimiento por tutela de una prestación en salud debe derivarse de una orden del médico tratante adscrito a la EPS, ha de interpretarse de conformidad con la Constitución. Lo anterior, teniendo en cuenta que existen diversos escenarios dentro de los cuales, es posible evidenciar en muchas ocasiones que la atención brindada por las entidades que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en salud resulta deficiente, contraria a los intereses de los usuarios.

Por lo tanto, conviene precisar que el hecho de que el médico tratante no esté adscrito a la Empresa Promotora de Salud no restringe la posibilidad que las personas accedan a la garantía de la prestación de este servicio público. Acorde con esto, tenemos que, los usuarios tiene el derecho a que la Entidad a la cual se encuentran afiliados, emitan un concepto mediante el cual avale o controvierta, desde el punto de vista médico, el diagnóstico emitido por el personal ajeno a la institución²⁷.

En ese sentido, siendo que el Seguro Social EPS no contravino dentro del trámite de tutela la orden emitida por el Doctor Álvaro D. Mejía G, para esta Sala es evidente que el cuarto y último presupuesto necesario para inaplicar las normas que excluyen los PAÑALES DESECHABLES del Plan Obligatorio de Salud -POS- se cumple. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el derecho fundamental a la salud de la niña María Alejandra Vásquez Montoya prima sobre cualquier consideración de tipo formal ó procedimental y, al juez de tutela le corresponde hacer que ese derecho tenga una efectiva realización.

Por consiguiente, puede concluirse que en el caso de la referencia el Seguro Social EPS desconoció los derechos fundamentales de la menor María Alejandra Vásquez Montoya al negarle el suministro de los PAÑALES DESECHABLES para el manejo de su problema de INCONTINENCIA no obstante que, la niña reunía todos los requisitos establecidos por esta Corte para el suministro del artículo no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Añádase a lo anterior, el hecho de que se trata de una menor de edad, en estado de debilidad manifiesta por razón del hecho notorio de su INCONTINENCIA y, que de no manejarse correctamente su

padecimiento puede afectarle gravemente su integridad física y personal y el desarrollo de su vida en condiciones dignas. Por lo tanto, siendo que, por expreso mandato constitucional la sociedad -dentro de la que se encuentra incluido el Seguro Social EPS.- le debe una especial protección y la obligación de asistirle para garantizarle su desarrollo integral y armónico, se revocara la sentencia proferida por el juez de única instancia y se ordenará a el Seguro Social EPS suministrarle los PAÑALES DESECHABLES a la menor María Alejandra Vásquez Montoya.

Ahora bien, es importante aclarar que esta Sala observa que en el caso sub examine se dan las condiciones necesarias para condenar al Seguro Social EPS a pagar el cincuenta por ciento (50%) del costo total del valor de los PAÑALES DESECHABLES que la menor María Alejandra Vásquez Montoya pueda llegar a necesitar, como quiera que dicha entidad omitió acudir al Comité Técnico Científico para obtener la autorización ó negación del suministro de tal artículo de higiene personal y sin más, le aconsejó a la señora Liliana María Montoya Restrepo acudir a la acción de tutela para que fuera un juez de la república quien ordenara el suministro de los mismos.

Esa actitud omisiva, encuadra dentro de los supuestos de hecho que la Ley 1122 de 2007 y su respectivo estudio de exequibilidad por la sentencia C- 463 de 2008 ha señalado como “suficientes” para que en la orden que imparta el juez de tutela condene “por partes iguales” a la Entidad Prestadora de Salud -EPS- accionada y al Fosyga. En efecto, en dicho pronunciamiento esta Corte dispuso: “Declarar EXEQUIBLE el literal j) del artículo 14 de la Ley 1222 de 2007, en el aparte que dispone “En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga”, en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.” (negrilla y subraya fuera de texto)

Por lo tanto, esta Sala condenará a pagar “por partes iguales” el valor de los PAÑALES DESECHABLES que la menor María Alejandra Vásquez Montoya llegue a necesitar para controlar su problema de INCONTINENCIA, al Seguro Social EPS y al Fosyga, tal como lo dispone la Ley 1122 de 2007.

IV. DECISIÓN.

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 el fallo emitido en única instancia por el Juzgado Promiscuo de Familia de Andes, Antioquia, el día tres (3) de marzo de dos mil ocho, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Liliana María Montoya Restrepo, en representación de su hija María Alejandra Vásquez Montoya, contra el Seguro Social EPS y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la vida, salud y protección a la niñez de la menor MARÍA ALEJANDRA VÁSQUEZ MONTOYA.

Segundo: ORDENAR a la Jefe del Departamento de Contratación de Servicios de Salud del Seguro Social EPS, ubicado en la ciudad de Medellín, Doctora Sandra Álvarez Valle, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice el suministro de los PAÑALES DESECHABLES a la menor MARÍA ALEJANDRA VÁSQUEZ MONTOYA, de acuerdo con lo prescrito por su médico tratante.

Tercero: ADVERTIR al Seguro Social EPS que puede repetir en un cincuenta por ciento (50%) lo que pague en cumplimiento de este fallo y que exceda de las prestaciones y beneficios del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, ante la Subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Cuarto: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 1.

2 Cuaderno 1, folio 3.

3 Cuaderno 1, folio 3.

4 Cuaderno 1, folio 4.

5 Cuaderno 1, folio 5.

6 Cuaderno 1, folio 8.

7 Cuaderno 1, folio 9.

8 Cuaderno 1, folio 9.

9 Cuaderno 1, folio 7.

10 Cuaderno 1, folio 12.

11 En efecto, la prevalencia de los derechos de los menores se haya consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. De igual manera en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con entrada en vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94 de 1992 y, 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.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2004.

13 El artículo 24 de la Convención sobre los derechos de los niños reconoce el derecho que les asiste a los mismos de disfrutar del nivel más alto de los servicios de salud, así como también de los servicios para el tratamientos de enfermedades y rehabilitación de las afecciones que los afecten . Consúltese Corte Constitucional, Sentencia T-840 de 2007.

14 Corte Constitucional, Sentencias T-185 de 2006, T-152 de 2006, T-101 de 2006, T-754 de 2005 y T-762 de 2005, entre otras.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-840 de 2007.

16 Corte Constitucional, Sentencia T-973 de 2006.

17 Regido por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad en el que es ineludible sacrificar ciertas necesidades de segundo orden para poder atender un mayor volumen de aquellas del primer orden con los aportes que llegan al Sistema pues, de lo contrario, los aportes hechos al Régimen Contributivo y extendidos al Subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. Corte Constitucional Sentencia T-236 de 1998.

18 Corte Constitucional Sentencias T-1007 de 2003 y T-130 de 2007.

19 Constitucional. Sentencia T-760 de 2008.

20 Cuaderno 1, folios 1 y 4.

21 Cuaderno 1, folio 8.

22 T-988 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esa oportunidad el Tribunal Constitucional concluyó: “(...) El Estado ni las autoridades públicas pueden negarse a brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas discapacitadas compensar sus limitaciones para obtener una real integración a la sociedad. Este deber de protección no solo radica en cabeza de las y de los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a todas las autoridades públicas sin excepción, incluso a los particulares que -como las Empresas Promotoras de Salud- prestan el servicio público de salud.”

23 La jurisprudencia constitucional ha considerado que el ámbito de protección del principio de la dignidad humana, radica en “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones.” Cfr. T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

24 Cuaderno 1, folio 8.

25 En el expediente obran pruebas suficientes que demuestran tal hecho. Remítase a los folios 1, 4, y 8 del cuaderno 1 del expediente.

26 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 1080 de 2007. En esa oportunidad la Corte determinó la procedencia del reconocimiento por parte del juez de tutela de servicios de salud, consistente en la entrega de zapatos ortopédicos a un menor de edad con base en la orden de un médico legista que no se encontraba adscrito a la EPS accionada. Los fundamentos para ello, se centraron principalmente en que la Entidad demandada había tenido la oportunidad dentro del proceso de tutela de controvertir o avalar el dictamen del médico externo y no lo hizo, lo cual permitió a la Sala de Revisión concluir que, es posible ordenar a una EPS el reconocimiento de un tratamiento prescrito por un médico externo, sí ésta ha tenido la posibilidad, dentro del trámite de tutela, de pronunciarse desde el punto de vista médico sobre la orden emanada del personal ajeno a la entidad y no lo hizo.

27 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 1080 de 2007. En esa oportunidad la Corte determinó la procedencia del reconocimiento por parte del juez de tutela de servicios de salud, consistente en la entrega de zapatos ortopédicos a un menor de edad con base en la orden de un médico legista que no se encontraba adscrito a la EPS accionada. Los fundamentos

para ello, se centraron principalmente en que la Entidad demandada había tenido la oportunidad dentro del proceso de tutela de controvertir o avalar el dictamen del médico externo y no lo hizo, lo cual permitió a la Sala de Revisión concluir que, es posible ordenar a una EPS el reconocimiento de un tratamiento prescrito por un medico externo, sí ésta ha tenido la posibilidad, dentro del trámite de tutela, de pronunciarse desde el punto de vista médico sobre la orden emanada del personal ajeno a la entidad y no lo hizo. La anterior decisión encontró sustento además, en el derecho al diagnostico tal y como se explicó en los párrafos precedentes.