

T-204-94

Sentencia No. T-204/94

DERECHO A LA SALUD/MENOR ENFERMO-Protección/INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Asistencia médica

Debe haber protección tanto para el niño (art. 44 de C.P.) como para el adolescente. Con mayor razón si se trata de un disminuido físico, sensorial o psíquico, en estos casos debe ser la requerida y especializada. Si una norma del I.S.S. supedita las prestaciones asistenciales necesarias a un pronóstico favorable de curación, ésta debe entenderse no solamente como la derrota de la enfermedad, sino, además, como el tratamiento requerido para evitar secuelas o interrupción de tratamientos necesarios, para superar algunas etapas de la enfermedad o afección, aunque no se llegue a la curación total. No puede el I.S.S. eludir esta obligación, dándole equivocada e injustamente a la palabra CURACION el único significado de superación del mal. Y si lo hace, olvida que es de la esencia de la Nueva Constitución la protección de los débiles.

REF: EXPEDIENTES T-32.108

Peticionario: MARLENY MORENO DE MORA.

Procedencia: Juzgado 1º Penal del Circuito de Neiva.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-32.108, adelantado por Marleny Moreno de Mora.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto N° 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente a la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

Por reparto le correspondió el presente negocio a esta Sala, la cual recibió formalmente el expediente el día catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

De conformidad con el artículo 34 del Decreto N° 2591, esta Sala de Revisión de la Corte entra a dictar sentencia de revisión.

1. Solicitud.

Marleny Moreno de Mora, se presentó ante un Juez Penal Municipal de Neiva y formuló verbalmente una tutela contra del Instituto de Seguros Sociales y en defensa de su hijo Jaime Fabian Mora Moreno, de 13 años de edad, afectado por hiperquinesia y retraso psicomotor, quien, protegido por “riesgo realizado”, venía siendo tratado médicamente por el I.S.S. hasta noviembre de 1993 cuando los responsables de la Seccional Huila le comunicaran a la madre del disminuido físico que no era posible continuar asumiendo el riesgo porque el niño “médicamente no tiene pronóstico favorable de curación”.

Atendida la solicitud por el Juzgado, la madre fue enfática en su planteamiento: En primer lugar precisó que desde los 7 meses el niño “tuvo una fiebre muy alta y el Seguro lo descuido”. En ampliación de su versión agrega: “empecé a darme cuenta que no era normal, entonces empecé a llevarlo al Seguro y allí inicialmente me decían que yo si que molestaba”.

En segundo lugar, reclama porque el coordinador de Servicios Asistenciales le quitó la protección del Seguro por “.. un decreto que había salido”. Y, argumenta que el niño sí ha evolucionado favorablemente, dice: era un niño que no hablaba y parecía una borrasca y no se estaba quieto ni un minuto, y ahora ha cambiado mucho, ha progresado mucho, debido al tratamiento que le están haciendo en Bogotá por cuenta del Seguro y ahora me lo quitaron”, cuenta que el niño no distinguía el peligro y que como el médico le recomendó llevarlo al campo, ella hace un tiempo debía tener mucho cuidado porque en cualquier descuido se tiraba al río Magdalena, “ahora no, si me voy en canoa atrás, él va adelante y no hay problema, antes cuando me voy a bajar él me dice “cuidado mamá”, eso es cambiar, evolucionar”.

2. Prueba Documental:

a- Se adjunto la comunicación de 5 de noviembre de 1993, firmada por el Coordinador de Servicios Asistenciales de la Seccional Huila del I.S.S., dirigida a la solicitante Marleny Moreno de Mora. Allí se determina no autorizar el riesgo porque

“1. El Decreto 770 de 1975, aprobatorio del Acuerdo 536 de 1974, emanado del Consejo Directivo del I.S.S., reglamenta la prestación de servicios médicos asistenciales a la familia del trabajador asegurado, y es así como en el Artículo 26 dispone que la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos farmacéuticos y hospitalarios para los hijos de los afiliados solo se otorga “durante el primer año de vida” de los niños, pero si dentro de dicho periodo se diagnostica alguna enfermedad cuyo tratamiento no fuere procedente dentro de ese año, el menor “tendrá derecho entonces en cualquier tiempo a todas las prestaciones asistenciales necesarias, siempre y cuando exista desde el principio pronóstico favorable de curación”.

“2. En el informe expedido por el médico Carlos Medina Malo, Neurólogo de Santafé de Bogotá, claramente establece que el cuadro corresponde a un retardo mental de etiología congénita, que medicamente no tiene pronóstico favorable de curación”. (folio 2).

b- En realidad, la no existencia de “concepto favorable de curación”, no es una apreciación del médico Carlos Medina, sino del Jefe de división de Servicios de Salud, Mario Campos Rivera y del doctor Gustavo Vargas Bedoya. Concepto suscrito el 29 de noviembre de 1993, con posterioridad al fallo de tutela de primera instancia (ver folio 48 del expediente).

Por el contrario, el doctor Carlos Medina – Malo, Neurólogo y el doctor Miguel Rosero Roda, del Hospital de la Misericordia, sugirieron no retirar del programa de recuperación al niño.

Esto fue lo que dijeron los galenos:

“Paciente de 13 años, Peso 55,8 Kg.

Con impresión Diagnóstica: Síndrome Prader Willi

(Hipogonadismo – Hipomentalismo – Hipotonía – Obesidad)

Manejado y controlado con fenergán más meleril; y quien necesita terapia del lenguaje y terapia ocupacional intensiva, para mejorar pronóstico de su calidad de vida futura.

Se sugiere no retirar del programa.

Dr. CARLOS MEDINA MALO MIGUEL ROSERO RADA

Neurólogo”.

c- Igualmente se adjuntaron fotocopias, de la historia clínica a partir del 23 de enero de 1985. Vale la pena destacar:

23 enero de 1985:

“Paciente hiperquinético, — retardo psicomotor importante”

10 julio de 1986:

“ha mejorado su hiperquinesia”

4 de abril de 1988:

“Paciente de 8 años, con cuadro de hiperquinesia y retraso psicomotor leve, moderado”.

28 de septiembre de 1988:

“Paciente retardo mental, por parto distórico”

3 de octubre de 1988:

Paciente hiperquinético a quien se le practicó exodoncias, bajo anestesia general.

18 de septiembre de 1990:

“Ha mejorado de su problema de hiperquinesia, recibe educación especial”.

13 de noviembre de 1991; sobre resultados hormonales:

“Estos resultados son compatibles con hipogonadismo o con infantilismo sexual. Los anteriores hallazgos pueden ser compatibles con el síndrome de Kallman”.

23 de abril de 1993:

“Síndrome Prader Willi”

15 de julio de 1993:

“Síndrome de Prader Willi... presenta retraso psicomotor importante”.

-A su vez hay un concepto del Hospital Lorencita Villegas de Santos, de 1982, que en lo fundamental señala:

“hiperquinesia moderada”

“por el momento se descarta patología de gravedad o que conllevara a algún factor de riesgo en la vida del paciente. Se solicita urgentemente seguir con terapia psicológica e interconsulta a terapia del lenguaje”.

Además de la prueba documental existen las declaraciones juramentadas de la solicitante, y, en la segunda instancia, el testimonio de la educadora Sara Jacinta Andrade, quien recomienda que el niño siga luchando por su rehabilitación y adaptación para que supere su alto índice de agresividad.

3- Fallos:

3.1. Del Juzgado Tercero Penal Municipal de Neiva, de 25 de noviembre de 1993.

Resolvió tutelar el derecho a la salud del menor Jaime Fabian Mora Moreno y ordenar al gerente de los Seguros Sociales Seccional Huila restablecer la asistencia médica, paramédica, farmacéutica y toda aquella que requiera el menor con ocasión de la hiperquinesia y el retardo sicomotor que padece.

Sustenta su decisión en el papel del Estado Social de Derecho frente a la sociedad, en la protección a los disminuidos físicos y en la protección a los niños y a la salud.

Considera la Juez que no es aplicable el decreto 770 de 1975 invocado por el I.S.S. porque dicho Decreto contradice el espíritu de la Constitución de 1991.

2.2. Fallo del Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, de 3 de Febrero de 1994.

El Juez de Segunda Instancia considera que el artículo 26 del Decreto 770 de 1975 no es contrario a la Nueva Constitución. Respaldó su afirmación en la actitud de la Corte Constitucional porque ésta, en la tutela T-200 del 25 de mayo de 1993 dijo que el mencionado Artículo 26 es de imperativo cumplimiento para los funcionarios del I.S.S.

REVOCA la sentencia impugnada.

Pese a que había sentado como premisa que el “prader Willi” padecido por el menor Mora Moreno es irreversible, traslada la obligación del Seguro al Servicio Seccional de Salud del Huila para que “por si mismo o por intermedio de la autoridad competente disponga la prestación de la atención especializada que exige la patología indicada a fin de que se le procure la rehabilitación y unas mejores condiciones de vida futura al menor Jaime Fabian Mora Moreno.”

II FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 3º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la

forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

2. Tema jurídico en estudio: Derecho a la protección especial de los disminuidos físicos (en qué consiste la CURACION).

En un caso muy similar al que motiva la presente tutela, la Corte Constitucional dijo:

Curación, según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas (Salvat Editores S.A., Undécima Edición, pág. 323) significa, además del restablecimiento de la salud, el “conjunto de procedimientos para tratar una enfermedad o afección” (Subraya la Corte).

Considérase indispensable la interpretación del precepto legal a la luz de la Constitución. El entendimiento de la norma no puede ser, en tal sentido, el de que la entidad de seguridad social esté autorizada para interrumpir un tratamiento a quien estaba derivando de él evidentes progresos en su aptitud psico-motriz, con mucha menor razón si, como ha subrayado el juez de primera instancia al evaluar una de las pruebas presentadas en el caso sub-examine, aunque no se puede garantizar un total restablecimiento, es factible obtener mejoría del paciente mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias neurológicas y logrando mantener en el joven afectado una mejor calidad de vida. No podría aceptarse constitucionalmente que fuera lícito y permitido a un organismo de seguridad social del Estado desentenderse absolutamente del tratamiento y los cuidados que requiere un paciente cuya salud, de manera necesaria, habrá de sufrir notables detrimentos si aquél se interrumpe; menos si el daño causado por la interrupción de la asistencia médica, fisioterapéutica u hospitalaria puede llegar al punto en que la calidad de vida de la persona resulte seriamente degradada.

En el sentir de la Corte, prevalece aquí, sobre la interpretación literal y ciega del enunciado artículo del Decreto 770 de 1975, el perentorio mandato constitucional: a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos “se prestará la atención especializada que requieran” (artículo 47 C.N.). Su protección especial corre a cargo del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 13 eiusdem¹ .

Y, en otro fallo, la Corte Constitucional agregó:

“El pronóstico favorable de curación exigido por la norma no debe tomarse en un sentido

absoluto. Es decir, su orientación normativa, mirada teleológicamente y en consonancia con la Constitución, no consiste en excluir de protección aquellos en que, pese a la falta de certidumbre sobre el total y pleno restablecimiento de la salud del paciente, éste puede mejorar de manera apreciable gracias al tratamiento y al suministro de la droga que necesita, en especial si se trata de un niño, como acontece en el presente caso. Si a la norma legal se le da un alcance restrictivo, en términos tales que de ella se deduzca la desprotección del afectado, y se acepta que el Seguro puede quedar liberado de su obligación en tales hipótesis, se tendría un efecto abiertamente inconstitucional. ello es más claro en este caso si se tiene en cuenta que ocurriría, en abierta incompatibilidad con el artículo 44 de la Carta, en el caso de una menor cuya salud y calidad de vida están en grave peligro”2 .

“La verdad es que el Instituto de Seguros Sociales ha asumido formalmente la atención de la menor durante un año más, pero en realidad ha puesto obstáculos de organización interna y de índole económica para llevar a cabo, en efecto, la función que le corresponde. Así, ha dejado en cabeza del padre de la niña la responsabilidad de conseguir al endocrinólogo que la atienda, de procurarse la hormona y de pagar los valores correspondientes, sin certeza alguna acerca de que ellos serán reembolsados en su totalidad.

La Corte entiende, por tanto, que independientemente de las razones que alegue el Instituto para observar este comportamiento, se han venido vulnerando derechos fundamentales de la niña y, por tanto, era procedente la tutela para que judicialmente se ordenara al ISS asumir en su integridad el tratamiento correspondiente, al menos mientras culmina el período de la infancia y se logra verificar el cabal desarrollo mental de la afectada.

Tienen aquí cabida las consideraciones de esta Corte acerca de la función de la seguridad social en el Estado Social de Derecho y en relación con el principio de solidaridad en que se basa el que hacer de las autoridades y entidades públicas.

En cuanto hace al alcance del artículo 26 del Decreto 770 de 1975, invocado por la apoderada del ISS al solicitar la revisión constitucional del caso, juzga la Corte que la disposición no puede ser entendida ni aplicada en contravía del artículo 44 de la Constitución. Por tanto, mal puede tomarse como una autorización legal para que el Seguro abandone a la niña en términos tales que se la condene, por falta de cuidados médicos y de

la hormona que requiere, a “un deterioro permanente de su calidad de vida”³ .

En estas dos sentencias se indicó:

“Debe advertirse que este caso difiere claramente del conocido y analizado por la Corte en su Sentencia T-200 del 25 de mayo de 1993, pues allí se estaba ante una enfermedad respecto de la cual nada podía hacer la institución asistencial por la mejoría y recuperación de la salud del menor. Por ello advirtió la Corte:

“En razón de que el (...) menor, según aparece demostrado en el expediente, padece de parálisis cerebral infantil (P.C.I.), enfermedad, que le fue diagnosticada por los médicos del Seguro Social, esta entidad le suministró servicios médicos, farmacéuticos, asistenciales, etc., durante su primer año de vida, pues de acuerdo con el concepto de tales galenos, que coincide con la certificación expedida por el Subdirector de Servicios de Salud, a petición del Juzgado del conocimiento, “el pronóstico actual para dicha patología no es favorable para su curación”, y por tanto su “tratamiento en la actualidad es domiciliario, excepto aquellos casos que ameriten la hospitalización”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-200 del 25 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz)”⁴.

De todo lo anterior se deduce que debe haber protección tanto para el niño (art. 44 de C.P.) como para el adolescente (art. 45 C.P.). Con mayor razón si se trata de un disminuido físico, sensorial o psíquico, en estos casos debe ser la requerida y especializada. (art. 47 C.P.). Si una norma del I.S.S. supedita las prestaciones asistenciales necesarias a un pronóstico favorable de curación, ésta debe entenderse no solamente como la derrota de la enfermedad, sino, además, como el tratamiento requerido para evitar secuelas o interrupción de tratamientos necesarios, para superar algunas etapas de la enfermedad o afección, aunque no se llegue a la curación total.

No puede el Instituto de los Seguros Sociales eludir esta obligación, dándole equivocada e injustamente a la palabra CURACION el único significado de superación del mal. Y si lo hace, olvida que es de la esencia de la Nueva Constitución la protección de los débiles.

4. El caso concreto:

Marleny Moreno de Mora fue atendida en el I.S.S. durante el embarazo y en el parto de su

hijo Jaime Fabian Mora Moreno.

Afirma la solicitante, en declaraciones juramentadas, que a la edad de siete meses debió llevar a Jaime Fabian al I.S.S. para que lo trataran de unas fiebres. Versión no desvirtuada, aunque no aparece en la historia clínica del niño. Solamente hay constancia, el 23 de enero de 1985, de sufrir el paciente de retardo sicomotor importante. Con anterioridad, en 1982, el Hospital Infantil Lorencita Villegas de Santos detectó una hiperquinesia moderada.

Sin embargo, en la historia clínica se indica que el retardo se debería a parto distórico y se recalca que se trata de una enfermedad congénita. Es decir, la hiperquinesia no apareció con posterioridad al año nacido el niño. Por eso, el I.S.S. consideró que se estaba en presencia de un RIESGO REALIZADO que dicha Institución debería tratar porque el padre del menor está afiliado a dicho Instituto. Esta conducta se mantuvo por muchos años y en varias oportunidades los médicos del I.S.S. señalaron cierta mejoría del paciente. Apreciación compatible con el dictamen del neurólogo y del medico del Hospital La Misericordia, de Santa Fe de Bogotá, quienes dicen que “no se retire” al niño del programa.

La madre cuenta episodios demostrativos de cierto avance en la recuperación y la señora Jacinta Andrade, técnica en Educación de niños especiales también opina que se debe continuar con la terapia ocupacional del menor.

Otra cosa dice el informe administrativo del I.S.S.. Según éste, no hay pronóstico favorable de curación, por eso se excluyó al menor (hoy iniciando su adolescencia) de la atención que venía disfrutando.

Esta posición del I.S.S. está expuesta en tres documentos:

a- La carta remitida a la madre de Jaime Fabian Mora Moreno, transcrita anteriormente, en la cual se opina que no hay curación. Cita como fuente un informe de los médicos de Bogotá (lo cual no es cierto, ni en las palabras ni en la propuesta de exclusión, todo lo contrario: piden que el paciente no sea retirado del programa). Se invoca el art. 26 del decreto 770 de 1975, el cual señala como requisito indispensable para que el Seguro asuma tales clases de riesgos que la enfermedad o infección no sea curable.

b- Un concepto médico rendido por funcionarios del Huila, después de que el I.S.S. perdió la

tutela. Es un concepto tomado sobre la historia clínica y sin examen del paciente.

c- El escrito de impugnación, formulado por el Director del I.S.S. Seccional Huila, asimilando la caracterización de la enfermedad del menor a un caso que la Corte Constitucional había considerado como no tutelable.

1. Que el menor inválido sí puede tener alguna recuperación. En la práctica ya la ha obtenido. La madre reconoce que la atención médica tanto en Neiva como en Bogotá ha sido eficiente, luego no tiene sentido suspender algo que está produciendo resultados positivos.

2. Que el tratamiento médico, ocupacional y psicológico, es indispensable no sólo para una posible recuperación (así sea parcial) sino para mitigar o inclusive neutralizar secuelas muy graves de la enfermedad: el comportamiento agresivo de Jaime Fabian Mora Moreno, su futura falta de control en el comportamiento sexual y la conveniencia de no engendrar porque habría un alto índice de posibilidades de reproducción de la enfermedad en la descendencia.

En cualquiera de estas dos deducciones cabe la noción de curación explicada ya en los considerandos de este fallo.

Hay objetivos claros en la atención médica y los tratamientos pedagógico y psicológico, luego no se puede desatender al paciente. Y hay resultados posibles para el problema de fondo y resultados reales para el comportamiento colateral, entonces, no puede rechazarse el cubrimiento del riesgo, menos aún cuando para tomar tal determinación se pone en boca de dos médicos lo que ellos no dijeron.

Si a lo anterior se suma que hay un error en la interpretación de una jurisprudencia y de una norma, la conclusión es nítida: hay que tutelarle a FABIAN MORA MORENO su derecho a la asistencia social, a la salud, a la protección.

La determinación del Juez de Segunda Instancia de trasladar la obligación del I.S.S. al Servicio Seccional de Salud del Huila, revocando previamente la decisión del a-quo de tutelar el derecho a la salud, constituye una interpretación equivocada de lo que debe entenderse por PROTECCION y CURACION. Además disloca la eficacia de la sentencia porque desplaza la cobertura especial del Instituto de los Seguros Sociales que está prestándose al paciente con

eficiencia, por una cobertura genérica del Sistema Nacional de Salud. No debe olvidarse que la Constitución de 1991 se inspira en un concepto FINALISTA que abona el terreno para que sea útil el postulado simbólico de los enunciados jurídicos. Decir, como lo hace la sentencia de segunda instancia, que un funcionario administrativo (el Director del Servicio Seccional de Salud del Huila), busque que se le de atención al menor, es un fin retórico que puede quedarse en el papel. El fin pragmático es la real protección del menor inválido. Esta sentencia del ad-quem afectó, además, el derecho específico que Jaime Fabian Mora Moreno tenía por ser hijo de un trabajador afiliado al I.S.S.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del Juez Primero Penal del Circuito de Neiva, de fecha 3 de febrero de 1994.

SEGUNDO: Tutelar el derecho a la atención especializada del menor y disminuido físico, sensorial y psíquico, Jaime Fabian Mora Moreno y ordenar que el Instituto de Seguro Social asuma en su integridad el tratamiento médico, farmacéutico y todo lo que se requiera para la curación, según se explicó en los considerandos de éste fallo.

TERCERO: En el término de cuarenta y ocho (48) horas se reiniciará la atención del petente, por parte del I.S.S. y nuevamente se volverá a proteger a Jaime Fabian Mora Moreno con riesgos realizados para todos los servicios.

CUARTO: Comunicar esta providencia al Juzgado Tercero Penal Municipal de Neiva, al Instituto de Seguros Sociales Seccional Huila, al Servicio Seccional de Salud del Huila, a la señora Marleny Moreno de Mora, al Defensor del Pueblo.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA.

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia N° T-067/94. Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, 22 febrero de 1994.

2 Corte Constitucional. Sentencia N° T-068 de 22 de febrero de 1994. M.P: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

3 Ibidem.

4 Sentencia N° T- 067/94.