

JUEZ CONSTITUCIONAL-Derechos no invocados/PRINCIPIO DE INFORMALIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Afiliación a EPS y suministro de medicamentos

DERECHO DE PETICION-Vulneración por cuanto respuesta de la EPS demandada se dio por interposición de la tutela

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL NIÑO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Su concepto no es requisito indispensable para otorgar medicamentos o tratamientos/COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Regla jurisprudencial en relación con el concepto que no es requisito indispensable para otorgar medicamentos o tratamientos

La interpretación desconoce las reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación en el sentido que: i) el acudir a dicho Comité no puede considerarse como otro mecanismo de defensa y ii) el concepto de ese Comité no es un requisito indispensable para que el

medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1304855

Acción de tutela instaurada por Victoria Martínez Bautista contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil seis (2006).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado 38 Civil Municipal Bogotá D.C., el 31 de enero de 2006.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La señora Victoria Martínez Bautista, interpone acción de tutela a favor de su hija Jennifer Carolina López Martínez (9 años) con el fin de que Salud Total E.P.S. se pronuncie sobre la petición de afiliación y suministro de medicamentos que ésta requiere para tratar las crisis que se le presentan a causa de la epilepsia¹ que padece su hija.

Relata que la enfermedad de su hija venía siendo tratada por la ARS Humana Vivir dado que ella era beneficiaria del SISBEN. El médico especialista de la ARS le prescribió² Acido Valproico, Lamotrigina (100 mg.) y Clonacepan gotas (2.5 mg.). No obstante al estar afiliada ella a la EPS. Salud Total, en calidad de cotizante, la ARS le suspendió la atención.

Como consecuencia de lo anterior, el 19 de diciembre de 2005³, radicó una petición con el fin no sólo de lograr la afiliación de su menor hija sino para que le fueran suministrados los medicamentos antes mencionados, puesto que los mismos no podían ser suspendidos y ella no cuenta con los recursos económicos para sufragarlos por sus propios medios.

Señala que para la fecha de presentación de la acción de tutela (16 de enero de 2006) la E.P.S. no ha hecho pronunciamiento sobre su petición, por lo cual pide se le ordene a esta entidad que proceda a atender de forma inmediata a su hija Jennifer Carolina y se le suministren los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad.

2. Respuesta de la entidad tutelada

Una vez avocado conocimiento, el juzgado de instancia dispuso oficiar a la E.P.S. Salud Total para que se pronunciara sobre la solicitud de tutela.

En cumplimiento de lo anterior, la E.P.S. demandada, a través de apoderada, informó en lo pertinente que la menor Jennifer Carolina López Martínez es beneficiaria de la accionante, desde el 22 de diciembre de 2005 y que los medicamentos solicitados Acido Valproico y Clonacepan gotas (2.5 mg.) se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), por lo cual cuestiona la interposición de la acción de tutela.

Respecto del medicamento Lamotrigina (100 mg.) indicó que si bien el mismo no se encuentra dentro del manual de actividades, procedimientos e intervenciones del Plan Obligatorio de Salud, la señora Martínez Bautista no ha agotado el procedimiento de solicitud, estudio y aprobación del Comité Técnico Científico, organismo que da trámite a dichas solicitudes de medicamentos NO POS, por cuanto la usuaria no allegó los documentos pertinentes para el efecto.

En estas condiciones, solicita denegar la acción de tutela por cuanto dicha entidad ha asumido los servicios de salud de la hija de la accionante, desde el momento de su afiliación,

siempre que los mismos se encuentren dentro del POS.

Adicionalmente, allega copia de la respuesta del 13 de enero de 2006 suministrada a la petición de la accionante, la cual fue remitida por correo certificado el día 19 del mismo mes y año.⁴

3. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del 31 de enero de 2006 denegó la protección constitucional solicitada por considerar que la EPS accionada había dado respuesta a la petición formulada por la accionante, con lo cual dicho derecho fundamental no fue lesionado.

Respecto del derecho a la salud, considera que no es procedente su tutela dado que la señora Martínez Bautista no ha cumplido con su deber legal de acudir al Comité Técnico Científico con el fin de que en ese escenario autoricen el medicamento NO POS que requiere su menor hija. No obstante, precisa que dicho derecho se encuentra garantizado en todos los servicios previstos en el Plan Obligatorio de Salud.

El fallo no fue impugnado.

II. MEDIDA PROVISIONAL DECRETADA POR LA SALA DE REVISION

Teniendo en cuenta la gravedad de las circunstancias en el caso de la niña Jennifer Carolina López Martínez, la Sala con fundamento en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, decretó medida provisional y ordenó al representante legal de la E.P.S. Salud Total S.A. de forma inmediata, y una vez le fuera notificada la providencia, suministrar a la menor el medicamento Lamotrigina (100 mg.) y le brindara la atención integral que requiera para atender su enfermedad.

Lo anterior en aras de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la niña, en observancia de los principios de interés superior del menor y de protección de los derechos prevalentes de los niños y niñas mientras se adoptaba la decisión definitiva por parte de esta Sala de Revisión.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En esta oportunidad la Sala deberá determinar si se vulneran los derechos fundamentales de una niña que padece de epilepsia a causa de la negativa de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada a suministrarle un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, aduciendo que su representante debe acudir al Comité Técnico Científico.

2. Protección constitucional de los derechos no invocados en la solicitud de tutela y principio de informalidad

La ausencia de técnica jurídica en la solicitud no puede ser obstáculo para que el juez constitucional desentrañe el interés del peticionario y analice los hechos y las pruebas que surjan de la tramitación de la acción. Por esta razón la Corte Constitucional tiene establecido que es deber del juez de tutela “verificar la veracidad de los hechos narrados, apreciar las pruebas y deducir la violación de los derechos fundamentales invocados, o de otros, que también requieren protección.”⁵

En el mismo sentido ha señalado que⁶:

“ (...) dada la informalidad de la acción de tutela, cuando el actor no invoca expresamente la totalidad de los derechos vulnerados, el juez de tutela no solamente tiene la facultad sino la obligación de proteger todos los derechos que de conformidad con las pruebas aportadas dentro del proceso encuentre vulnerados, de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 14 del Decreto 2591 de 1991.”

Por tanto, si bien la señora Martínez Bautista invocó como lesionado el derecho de petición, el a-quo acertó al haber centrado el juicio de constitucionalidad en la presunta violación a la salud de su menor hija, por la negativa de la E.P.S. demandada en no suministrarle el medicamento requerido, derecho cuya lesión se evidencia con el informe suministrado por la E.P.S. accionada.

3. Reiteración de jurisprudencia. Vulneración del derecho fundamental de petición.

Como se pudo establecer, la demandante presentó el 19 de diciembre de 2005, solicitud a la E.P.S. tutelada con el fin de lograr la afiliación de su hija Jennifer Carolina y el suministro de los medicamentos que ésta requería para tratar la enfermedad que padece, por lo cual, debió haber obtenido respuesta el 10 de enero de 2006, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo.

Esta circunstancia, desvirtúa lo afirmado por el juzgado de tutela en el sentido que “la entidad accionada dio respuesta a la accionante del derecho de petición elevado”, puesto que en el expediente obra una comunicación de la E.P.S. Salud Total que no sólo es de fecha 13 de enero de 2006 sino que fue puesta en el correo hasta el 19 de enero del mismo año, es decir, después de haber sido interpuesta la acción de tutela.

Esta Corte, al fijar el sentido y alcance del artículo 23 Superior, ha establecido que la respuesta que se brinde a un derecho de petición en el Estado social de derecho colombiano debe cumplir, so pena de ser vulnerado, con los siguientes requisitos: “1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario.”⁷

En el presente caso, Salud Total E.P.S. no cumplió con el primero de los requisitos indicados, puesto que la expedición de la respuesta a la petición de la accionante, se reitera, sólo se generó con la interposición de la acción de tutela por fuera del plazo legal establecido, por lo cual el juzgado de instancia se equivocó al afirmar que dicho derecho no había sido vulnerado.

De esta manera, dado que existía prueba que la accionada remitió vía correo certificado la respuesta a la petición del 19 de diciembre de 2005, el a-quo debió denegar el amparo

constitucional del derecho fundamental invocado no por no haberse lesionado sino porque había cesado su vulneración (art. 26 Decreto 2591/91), sólo por estas razones se confirmará el fallo de instancia.

Cabe adicionar que en este tipo de casos, es manifiesto que el derecho de petición no sólo es un derecho fundamental sino un mecanismo constitucional para la protección de otros derechos y de allí la relevancia de su garantía efectiva por parte de las autoridades, puesto que como ocurre en el presente caso, el trámite constitucional de la referencia podía haberse ahorrado si Salud Total E.P.S. hubiera contestado en el término legal la petición de la accionante.

4. Protección constitucional a las niñas y niños en el Estado social de derecho colombiano. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional⁸ ha sido uniforme en explicar la doble categorización que se predica de los derechos de las niñas y niños en el Estado colombiano, la cual es reconocida por el Constituyente en el artículo 44 Superior.

Por tanto, se ha señalado que los derechos de los menores son fundamentales y prevalentes, características que les fueron otorgadas para propender por la efectividad de dichas garantías dadas las condiciones de vulnerabilidad e indefensión y la especial atención con que se debe salvaguardar el proceso de desarrollo y formación de los niños.⁹

Por una parte, en su inicio, el artículo [44] establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,¹¹ dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos.

Esta primacía, que es manifestación del Estado social de derecho y que se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretende garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos de los menores, y de protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, lo cual hace de las niñas y los niños, sujetos de especial protección constitucional.

Luego, los derechos fundamentales de los menores deben ser protegidos por el Estado mediante la expedición de leyes internas y la ratificación de instrumentos internacionales que persigan ese fin, uno de los cuales es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante

la Ley 12 de 1991, en la cual se consagra el principio de la defensa del interés superior del niño (numeral primero del artículo 3°) el cual debe optimizar la aplicación, en cada caso concreto, de los derechos constitucionales de los menores (Art. 93 C.P.).

Conforme lo ha explicado esta Corporación¹² dicho principio condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños, por cuanto en estos eventos siempre ha de considerarse, primordialmente, el interés superior del menor.

Dentro del amplio catálogo de derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico a los menores se encuentran la vida y la salud, cuyo sentido y alcance ha fijado el intérprete máximo y auténtico de la Constitución.¹³

En lo concerniente a la primera de esas garantías fundamentales de que son titulares todas las personas, la Corte¹⁴ ha considerado que el derecho a la vida no hace relación exclusivamente a la existencia biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano.

El Estado social tiene como fundamento (Art. 1 C.P.) y finalidad esencial (Art. 2 ídem) garantizar la efectividad del derecho a la vida digna, el cual está referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con la condición humana, la cual riñe con toda situación de maltrato o de menoscabo de la integridad y respeto del individuo. Por ello, cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política.¹⁵

Por su parte, el artículo 49 de la Carta Política dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual tiene la obligación de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación que esta prestación demande, que como ya se ha indicado es fundamental en el caso de los niños (Art. 44 C.P.) y que al igual que ocurre con los demás elementos de la seguridad social no sólo es irrenunciable sino que debe prestarse con observancia a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia dentro de la que está la continuidad en el servicio (Arts. 48 y 49 ídem).

Como desarrollo de este último principio, el Estado tiene el deber de prestar sin interrupción el servicio de salud, de forma tal que si a un niño se le comienza a prestar la atención integral en salud, tiene derecho a la continuidad del servicio, siempre y cuando no aparezca razón constitucional válida para suspenderlo o que el médico tratante lo determine.¹⁶

Caso concreto

Del material probatorio obrante en el expediente, se evidencia que la menor Jennifer Carolina López Martínez, padece de epilepsia y que antes de su afiliación venía siendo atendida como beneficiaria del SISBEN por médicos especialistas en neurología del Hospital la Victoria quienes le prescribieron entre otros medicamentos Lamotrigina (100 mg.) que como lo informa la E.P.S accionada no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud.

De otra parte, dicha entidad no desvirtuó el dicho de la accionante en el sentido que el suministro de dicha medicina no le puede ser suspendida a su hija y tampoco logró infirmar su aseveración en cuanto a que no cuenta con los recursos económicos para sufragar su costo por sus propios medios.

Para el juzgado de instancia, no había lugar a amparar el derecho fundamental a la salud de la citada niña por cuanto su progenitora no había surtido los trámites ante el Comité Técnico Científico. No obstante, dicha interpretación desconoce las reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corporación en el sentido que: i) el acudir a dicho Comité no puede considerarse como otro mecanismo de defensa y ii) el concepto de ese Comité no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado.

En efecto, en la Sentencia T-053 de 2004,¹⁷ se precisó:

“... es pertinente aclarar que a nivel jurisprudencial, el concepto de este Comité no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado. En sentencia T-344 de 2002, esta Corporación señaló que:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“El Comité Técnico Científico, pese a su nombre, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico. No se trata, por ejemplo, de un grupo de médicos que tienen como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del P.O.S. La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del Comité sea médico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la E.P.S. en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud”.

En estos términos, la función de dicho Comité es meramente administrativa y no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las

personas,... (...)" .

En el mismo sentido en la Sentencia T-616 de 2004¹⁸ se dijo que:

“De esta manera, la función de dicho Comité es de tipo administrativo, por ello, no puede ponerse en sus manos la decisión de la protección de derechos fundamentales de las personas, razón por la que, la Sala se aparte del criterio expuesto por el juez de instancia.

En esta medida, la función principal del Comité Técnico Científico, debe ser la de garantizar la atención en salud, no pudiendo concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, “pues en la mayoría de los casos, la cantidad de trámites que imponen las empresas promotoras de salud, sin consideración a la gravedad o la necesidad de los tratamientos médicos solicitados, hacen que el paciente se agrave o fallezca en espera de un resultado”¹⁹.”

Por lo anterior, el fallo de instancia será revocado puesto que al supeditar el derecho fundamental de una niña cuyos derechos fundamentales son prevalentes a un mero trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico, se soslaya el principio de interés superior del menor. No obstante, teniendo en cuenta que en el expediente no obra prueba que el medicamento Lamotrigina (100 mg.) haya sido prescrito por el especialista de la E.P.S. accionada no se ordenará su suministro.

El cambio de médico tratante, puede implicar un nuevo diseño de tratamiento y corresponde, entonces, al galeno especialista, a partir de su conocimiento científico, señalar el tratamiento que más se ajuste a las necesidades del padecimiento de la niña Jennifer Carolina. En este sentido, se ordenará al representante legal de Salud Total E.P.S. que de forma inmediata someta a valoración del grupo de especialistas en neurología y demás profesionales de la salud que se requieran para que se estudie el caso de la mencionada niña y se determine el tratamiento y los medicamentos que a ésta se le deben suministrar.

En el evento que los especialistas concluyan que dentro de los medicamentos a suministrar se encuentre el denominado Lamotrigina (100 mg.) o cualquier otro no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, se procederá a su entrega en el término máximo de dos (2) días después de la prescripción. La EPS accionada podrá repetir contra el Estado colombiano, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo y que no esté cubierto por el POS.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida en el asunto de la referencia por el Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá D.C.. En consecuencia, se CONCEDE la tutela del derecho fundamental a la vida y a la salud de la niña Jennifer Carolina López Martínez.

Segundo. ORDENAR al representante legal de la E.P.S. Salud Total S.A., que de forma inmediata, una vez le sea notificada esta sentencia, someta a valoración del grupo de especialistas en neurología y demás profesionales de la salud que se requieran para que se estudie el caso de la niña Jennifer Carolina López Martínez y se determine el tratamiento y los medicamentos que a ésta se le deben suministrar. En el evento que los especialistas concluyan que dentro de esos medicamentos se encuentra el denominado Lamotrigina (100 mg.) o cualquier otro no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, se procederá a su entrega en el término máximo de dos (2) días después de la prescripción.

Tercero.- Cumplidas las órdenes de protección constitucional indicadas, el representante legal de la E.P.S. Salud Total S.A. deberá informar de este hecho al Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá D.C., so pena de incurrir en desacato.

Cuarto.- ADVERTIR a la E.P.S. Salud Total S.A., que podrá repetir contra el Estado colombiano, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo y que no esté cubierto por el POS.

Quinto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folios 2 a 8 del expediente.

2 Folios 9 a 11 del expediente.

3 Folio 1 del expediente.

4 Folios 19 y 20.

5 Corte Constitucional. Sentencia T-390 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-684 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 Corte Constitucional. Sentencias T-377 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1089 de 2001 y T-1160A de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Sentencias SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-415 de 1998 y T-864 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-887 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-179 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-597 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-839 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

9 Sentencia T-510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

11 Con relación a la fundamentalidad de los derechos de las niñas y los niños ver entre otras las sentencias T-402/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-043/95 (M.P. Fabio Morón Díaz).

12 Sentencia C-157 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Sentencia SU-640 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Sentencias SU-062 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-926 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-316 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1071 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1075 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

15 Sentencia T-316 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

16 Sentencia T-179 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

17 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

18 M.P. Jaime Araujo Rentería.

19 Corte Constitucional, sentencia T-053 de 2004. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.