

Sentencia T-265/05

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Protección reforzada

El estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe impedir que a través de sus órganos, bien sean estos del poder central o las entidades territoriales, o de los particulares en los que el Estado ha delegado la función de brindar el servicio de salud, se ponga en riesgo o se viole tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos.

DERECHO A LA SALUD-Formas de protección por parte de las ARS

Esta Corte ha establecido que la protección de los derechos de los beneficiarios del régimen subsidiado puede llevarse a cabo de dos maneras para no desconocer los derechos de los pacientes. Una primera está orientada a que la A.R.S. realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA. La otra consiste en que la A.R.S. coordine con la entidad pública o con la privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Lo anterior responde a que las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud son dos: los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial (departamentos, municipios) de salud que se destinen para el efecto. Para optar por la primera medida la Corte ha tenido en cuenta la gravedad de la enfermedad del peticionario, considerando la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio. En el otro evento señalado, esta Corporación ha explicado que, cuando un beneficiario del régimen de seguridad social en salud necesita la prestación de un servicio determinado que se encuentra excluido del POS-S, la ARS a la que éste se encuentra afiliado está obligada a brindar la información correspondiente al peticionario en los términos más claros posibles, así como sugerirle que acuda a las entidades públicas competentes para suministrarle la orientación e información requerida.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Suministro de medicamentos para la epilepsia no

incluidos en POS-S/DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso excepcional de suministro de medicamento ordenado por médico que no pertenece a ARS

Si bien se concederá el amparo a la menor de edad, eso no obsta para que estando ésta inscrita a una ARS, de ahora en adelante sean los médicos de Emdisalud los que dispongan el tratamiento que debe seguir. Como se vio, por excepción, para este caso en particular y por los hechos que fueron narrados y analizados, se puede aceptar que la formulación hecha por un galeno que no pertenece a la ARS se admita como válida para exceptuar el POS-S y ordenar, dada la gravedad de la paciente, que se suministren los medicamentos contenidos en ella. Empero, la paciente sigue estando a cargo de Emdisalud y debe ser ésta última quien defina su tratamiento, pues así lo prevé la Ley y así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Afirmación en cuanto a no poder sufragar costo de medicamento

Referencia: expediente T-1010252

Acción de tutela promovida por Pedro Manuel Flechas Chirome como agente oficioso de la menor Lizeth Natalia Flechas Díaz, contra Emdisalud A.R.S, con citación oficiosa del Instituto Seccional de Salud de Boyacá (ISALUB).

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ALFREDO BELTRÁN SIERRA, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja, en primera instancia, y la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Tunja, en segunda, dentro del trámite de la acción de tutela iniciada por el señor Pedro Manuel Flechas Chirome como agente oficioso de la menor Lizeth Natalia Flechas Díaz contra Emdisalud A.R.S, con citación oficiosa de el Instituto Seccional de Salud de Boyacá (ISALUB).

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 22 de junio de 2004, el señor Pedro Manuel Flechas Chirome solicita el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a los demás que pueden resultar afectados, de la menor Lizeth Natalia Flechas Díaz, presuntamente violados por la entidad demandada.

La solicitud de amparo se sustenta en los siguientes:

1. Hechos

Asegura el señor Flechas Chirome que su hija Lizeth Natalia Flechas sufre de epilepsia¹ primaria y lesión focal sintomática desde los seis años aproximadamente, por lo que hace crisis convulsivas cada ocho o quince días.

Indica que tal enfermedad le fue diagnosticada y viene siendo tratada por la Fundación Liga contra la Epilepsia y que un médico de dicha entidad, el 19 de mayo de 2004, le prescribió a la menor los medicamentos Acido Valproico² 750 mg, cada 8 horas, y Lamictal³ 200 mg.

El demandante aduce que la ARS Emdisalud le niega el suministro de los medicamentos prescritos en la Fundación Liga contra la Epilepsia por encontrarse excluidos del POS-S.

Señala que, dada su precaria situación económica, no le es posible adquirir los medicamentos, que son de alto costo, de su propio peculio.

Por último manifiesta que los fármacos prescritos son esenciales para al salud de su hija que es menor de edad.

2. Solicitud

El actor dentro del presente proceso de tutela exhorta a la autoridad judicial para que proteja los derechos fundamentales de su hija, violados por la entidad demandada, y que en consecuencia le ordene a ésta entregar de forma inmediata los medicamentos Acido

Valproico 750 mg y Lamictal 200 mg, en las posologías prescritas por los médicos de la Fundación Liga contra la Epilepsia.

3. Trámite de instancia.

3.1 La demanda de tutela, que originalmente correspondió en reparto al Juzgado 4º Civil Municipal de la ciudad de Tunja, fue rechazada por éste al considerar que carecía de competencia para su trámite y, por consiguiente, fue remitida al reparto de los juzgados civiles del circuito de esa ciudad, de donde fue enviada al Juzgado 3º Civil Municipal por el Juzgado 4º Civil del Circuito, que también consideró carecer de competencia.

Finalmente, el 2 de agosto de 2004 el Juzgado 3º Civil Municipal admitió la demanda y dispuso correr traslado de la misma a la entidad Emdisalud ARS. Recibido el informe rendido por dicha administradora del régimen subsidiado, el Juez vio la necesidad de vincular al Instituto Seccional de Salud de Boyacá y que, por consecuencia, perdía competencia para el trámite del proceso.

Trasladada la actuación al Juzgado 4º Civil del Circuito de Tunja, el 17 de agosto de 2004 fue admitida la tutela y el despacho judicial dispuso que tanto Emdisalud ARS como el Instituto Seccional de Salud de Boyacá debían rendir informe en un término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas.

3.2 Surtido el trámite descrito, Emdisalud A.R.S adujo que no existían en esa entidad registros, dentro de los dos años anteriores, que dieran cuenta de solicitud de servicio alguna o de negación de medicamentos excluidos del POS-S, por parte de la menor de edad Lizeth Natalia Flechas Días.

Además indicó que, dado que efectivamente los medicamentos requeridos por la menor no se encuentran dentro del listado autorizado por el POS-S, como consecuencia de la interposición de la acción de tutela ya había adelantado el trámite que se sigue en ese tipo de casos, guiando al padre de la menor sobre las alternativas para que la afiliada pueda acceder a los medicamentos prescritos ante el ente territorial responsable, es decir, el

Departamento de Boyacá a través del Instituto Seccional de Salud.

Por último precisó que la Liga Nacional Contra la Epilepsia no tiene contrato para la prestación de servicios con esa entidad, por lo que los médicos adscritos a dicha entidad no son médicos tratantes de la ARS.

3.3 Por su parte, el Instituto Seccional de Salud de Boyacá adujo que a dicha entidad departamental le correspondía el suministro de los medicamentos requeridos por la paciente Lizeth Natalia Flechas, hasta que ésta fuera contrarremetida a primer nivel de atención, a cuidado y control del médico general, en cuyo caso la responsabilidad de su suministro sería de Emdisalud.

Recalcó que si el especialista contrarremetía a la menor de edad al primer nivel de atención, los medicamentos correrían por parte de la ARS.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

Aportadas por el demandante:

- Copia de la cédula de ciudadanía de Pedro Manuel Flechas Chirome (Folio 2)
- Copia de la tarjeta de identidad de la niña Lizeth Natalia Flechas Díaz (Folio 3)
- Copia de Carnet de afiliación a Emdisalud ARS, expedido a nombre de Lizeth Natalia Flechas Díaz (Folio 4)
- Fórmulas médicas en las que se ordena el suministro de los medicamentos Acido Valproico 750 mg y Lactimal 200 a la menor Lizeth Natalia Flechas Díaz. (Folios 5-6)
- Copia del resumen de la historia clínica de Lizeth Natalia Flechas Díaz en la Fundación Liga Central contra la Epilepsia (Folios 6-7)

Aportadas por las demandadas:

- Copia de Contrato para la Administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud, suscrito entre Emdisalud ARS y el municipio de Santa Rosa de Viterbo, Boyacá. (Folios 27-28)

- Copia de comunicado dirigido por la directora de Emdisalud ARS al Gerente del Instituto Seccional de Salud de Boyacá en relación con el caso de la menor de edad Lizeth Natalia Flechas Díaz el 4 de agosto de 2004. (Folio 36)

- Copia de un formato de negación de servicios de salud por parte de Emdisalud ARS a Lizeth Natalia Flechas Díaz, en la que se le remite al Instituto Seccional de Salud de Boyacá (Folio 37)

II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 26 de agosto de 2004, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja negó la tutela interpuesta por el actor en relación con la Emdisalud ARS y la concedió en relación con el Instituto Seccional de Salud de Boyacá, ordenándole a éste suministrarle a la menor los medicamentos requeridos.

2. Impugnación.

El 31 de agosto de 2004, el Instituto Seccional de Salud de Boyacá impugnó la decisión del juez de primera instancia.

Señaló el impugnante que en los tratamientos crónicos que requieren los pacientes afiliados al régimen subsidiado, la primera fórmula dada por el especialista la suministra el Instituto, pero que en el caso de mediar contrarremisión las siguientes fórmulas deben ser asumidas por la ARS.

3. Sentencia de segunda instancia

El 4 de octubre de 2004, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja resolvió revocar el fallo del a quo y en su lugar negar el amparo deprecado.

El Tribunal consideró que no existía violación alguna por parte de Emdisalud ARS a los

derechos fundamentales de la paciente, ya que los medicamentos requeridos por ésta efectivamente se encontraban excluidos del POS-S, hecho que amparaba la legalidad de la negativa de la entidad.

Además adujo que, dado que no mediaba prueba de que el Instituto Seccional de Salud de Boyacá hubiese sido requerido previamente por el demandante para el suministro de los medicamentos y de que se hubiera negado a ello, no podía predicarse de éste conducta alguna que lesionara los derechos fundamentales de la menor de edad, así como tampoco omisión en el cumplimiento de sus obligaciones.

No obstante, advirtió a el Instituto que una vez la paciente se acercara a él solicitando los servicios que requería, debía suministrarle el tratamiento prescrito.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo de tutela dictado en la acción iniciada por el señor Pedro Manuel Flechas Chinome como agente oficioso de la menor Lizeth Natalia Flechas Díaz contra Emdisalud A.R.S, con citación oficiosa del Instituto Seccional de Salud de Boyacá, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en Auto de la Sala de Selección Número Once de noviembre 26 de 2004.

2. Problema Jurídico.

Antes de abordar el caso concreto, la Sala reiterará la doctrina de esta Corporación en relación con el derecho a la salud de los menores de edad.

3. El derecho a la salud de los menores de edad. Protección reforzada

El artículo 44 de la Constitución Política señaló que los derechos de los niños prevalecen sobre los de las demás personas y fijó que algunos de los que no se entienden fundamentales para las demás personas, lo serán para ellos.

Ahí la Carta ha dispuesto expresamente que son derechos constitucionales fundamentales de

los niños y, por tanto, protegibles por el juez constitucional en sede de tutela, 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; señala además que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La Constitución Colombiana no ha hecho en este sentido nada diferente que reiterar lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar, que tales instrumentos del derecho internacional, han sido ratificados por la República de Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política

Así las cosas, la prevalencia de los derechos de los niños está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció: Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y , en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.” De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94 de 1992, consagró: “Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” En igual sentido 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 en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. En especial, frente al tema del derecho a la salud del menor, el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del niño, reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al

disfrute de esos servicios sanitarios. “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud” 4

Ahora bien, cabe enfatizar aquí que el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiriera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.⁵

Bajo este entendido, el estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe impedir que a través de sus órganos, bien sean estos del poder central o las entidades territoriales, o de los particulares en los que el Estado ha delegado la función de brindar el servicio de salud, se ponga en riesgo o se viole tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos.

4. Las formas de protección del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida por parte de las A.R.S.

Esta Corte ha establecido que la protección de los derechos de los beneficiarios del régimen subsidiado puede llevarse a cabo de dos maneras para no desconocer los derechos de los pacientes. 6

Una primera está orientada a que la A.R.S. realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA. La otra consiste en que la A.R.S. coordine con la entidad pública o con la privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario.

Lo anterior responde a que las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud son dos: los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial (departamentos, municipios) de salud que se destinen para el efecto.⁷

Ahora bien, para optar por la primera medida la Corte ha tenido en cuenta la gravedad de la enfermedad del peticionario⁸, considerando la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio.⁹

En el otro evento señalado, esta Corporación ha explicado que, cuando un beneficiario del régimen de seguridad social en salud necesita la prestación de un servicio determinado que se encuentra excluido del POS-S, la ARS a la que éste se encuentra afiliado está obligada a brindar la información correspondiente al peticionario en los términos más claros posibles, así como sugerirle que acuda a las entidades públicas competentes para suministrarle la orientación e información requerida.¹⁰

En tal sentido también ha señalado esta Corte que la salvaguarda de los principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta (art. 13) imponen a la ARS el deber de informar al afiliado que solicita la prestación de un servicio no incluido dentro del POS-S de la posibilidad que le brinda el artículo 31 del decreto 806 de 1998¹¹. Adicionalmente, la Corte ha considerado que la entidad además de la información antes señalada debe sugerir al afiliado que se dirija a las autoridades Municipales o Distritales de Salud con el fin de que éstas le informen qué instituciones públicas o privadas que hayan suscrito contrato con el Estado se encuentran en capacidad de dispensarle el servicio de salud que requiere

4. Caso Concreto

4.1 El señor Pedro Manuel Flechas Chinome, interpone acción de tutela como agente oficioso de su hija menor de edad Lizeth Natalia Flechas Díaz, por considerar que se violan los derechos a la vida y a la salud de ésta. Ello porque la niña padece de epilepsia primaria y lesión focal sintomática por lo que le fueron prescritos por parte de la Fundación Liga contra la Epilepsia y los medicamentos Acido Valproico 750 mg, cada 8 horas, y Lamictal 200 mg; medicamentos excluidos del POS-S

Durante el trámite de la tutela la paciente fue remitida por la ARS al Instituto Seccional de

Salud de Boyacá, pues aquella consideró que a ésta le correspondía el suministro del medicamento.

4.2 Con el objeto de establecer si los fallos dictados en instancia se acompañan con la doctrina de esta Corporación, es necesario partir de una premisa básica: nos encontramos ante un caso en el que la paciente es una menor de edad que goza de una especial y reforzada protección constitucional y cuyo derecho a la salud es fundamental.

De allí, en primer orden de ideas, cabe advertir aquí que el juez de segunda instancia hace una falsa consideración al no tener en cuenta que el derecho a la salud de los niños se protege de forma autónoma, sin necesidad de que se establezca que su afectación compromete otros derechos, como la vida en condiciones de dignidad.

No obstante, en el caso que aquí nos ocupa podría incluso predicarse que la falta en el suministro de los medicamentos Acido Valproico 750 mg y Lamictal 200 mg, aparte de comprometer la salud del paciente, también impide el desarrollo de su vida digna.

En este sentido cabe recalcar que el padecimiento de una enfermedad como la epilepsia, y en especial la falta de un tratamiento de ésta, puede implicar la afectación de otros derechos como la educación. Así se infiere de la misma historia clínica de la paciente, en la que se observa que el rendimiento académico de la menor es precario, que empezó a caminar con tardanza y que presenta problemas de lenguaje.

De allí que se pueda establecer la gravedad del caso que en esta sentencia nos ocupa. El tratamiento médico prescrito con Acido Valproico y Lamictal implica el amparo, es cierto, de la salud del menor -que responde a un interés superior-, así como permitir la garantía de la educación y de una vida digna para la hija del peticionario.

Como se dijo en las consideraciones generales de esta sentencia, para optar por la medida que indica que la ARS debe suministrar el tratamiento o medicamento excluidos del POS-S pudiendo repetir luego contra FOSYGA, esta Corte ha señalado como criterios determinantes la gravedad de la enfermedad del paciente y tenido la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio. No duda la Sala que dichos supuestos se dan en el caso

presente.

4.3 No obstante sigue siendo necesario aclarar otras particularidades propias de este proceso. Establecida la gravedad y la necesidad de continuidad en el tratamiento de Lizeth Natalia Flechas, cabe recordar que esta Corporación ha establecido que debe existir concurrencia de cuatro requisitos para poder exceptuar la aplicación del listado del POS o POS-S 12. Son ellos, como tantas veces lo ha señalado la Corte:

- 1) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por el POS-S amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.
- 2) Que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.
- 3) Que se trate de un medicamento o de un procedimiento que no puede ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
- 4) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS a la cual se halla afiliado el demandante.

La exposición ya hecha sobre la gravedad de la enfermedad, entiende la Sala, da cumplimiento al primer requisito.

Frente al segundo, de tiempo atrás tiene establecida esta Corporación que la afirmación por parte del demandante en el sentido de no poder sufragar el costo del medicamento constituye una afirmación indefinida que no puede ser probada, por lo que corresponde a la parte demandada desvirtuarla. Es el caso presente, el aserto en este sentido no recibió objeción alguna ni prueba en contrario por parte de la ARS o del Instituto Seccional de Salud de Boyacá, por lo que debe asumirse como cierta la afirmación del señor Pedro Manuel Flechas.

Ahora, el lleno de los dos últimos requisitos en el caso presente, ofrece aspectos de especial interés que la Sala analizará en detalle.

Para ello hay que tener en cuenta, en primer orden de ideas, que la paciente Lizeth Natalia Flechas fue diagnosticada por una institución médica que no presta sus servicios a la ARS. Ahí, según se puede observar en la historia clínica, viene siendo tratada desde el 2002. Qué sucesos llevan a que ahora pida a la ARS los medicamentos que necesita, es algo de lo que no se da cuenta en la demanda y tampoco interesa a esta Sala. Lo que sí es importante es que la menor de edad se ve en la necesidad de acudir a los servicios de Emdisalud. Así pues, ante la información que suministra dicha ARS en el sentido de que la paciente no ha sido formulada por ella, en principio lo que procedería sería que se efectuara el diagnóstico propio de la entidad. No obstante, la conducta de la administradora es otra: acepta el diagnóstico efectuado por un tercero, acata que los medicamentos que requiere la menor son los que prescribió ese tercero, los niega por estar excluidos del POS-S y le informa a la paciente que debe remitirse a al Instituto Seccional de Salud del departamento. ¿De qué otra manera puede interpretarse el formulario de negación de medicamentos que diligenció la ARS, donde consta que la paciente sufre de epilepsia y que necesita los medicamentos NO-POS-S Acido Valproico y Lamictal?

Poco reproche merece la conducta de la ARS. Con el ánimo de ganar celeridad en la obtención por parte de Lizeth Natalia Flechas de los medicamentos, obró de acuerdo con lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho sobre la remisión por parte de las ARS a las entidades departamentales. No obstante, no consideró la gravedad de la enfermedad de la paciente y la necesidad de continuidad en el tratamiento ya expuestos por esta Sala y, en ello, sí vulneró el derecho fundamental a la salud de la menor. La conducta, pues, que no hubiese merecido reproche alguno, habría consistido en acatar el diagnóstico, aceptar la formulación y exceptuar la aplicación del POS-S.

4.4 Se concluye pues de lo anterior que los jueces de ambas instancias en el trámite de la presente, erraron en su apreciación del caso.

El juez de primera instancia, si bien concedió en amparo de los derechos de la menor, optó por una opción en la que desconoció que el acceso del usuario al sistema de seguridad social en salud se hace por intermediación de las ARS, entidades más cercanas al afiliado, por lo que, en aras de la prontitud con la que debía ser restaurado el derecho y la celeridad que exigía la gravedad del mal, era a esta entidad a la que se debía ordenar el suministro del medicamento.

El fallador de segunda instancia basó su sentencia –en la que negó de plano el amparo– en consideraciones estrictamente formales que no se acompañan con la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, en general, y con el interés superior de los niños, en particular.

4.5 Ahora, a esta Sala le parecen baladí, y que no aportan elemento alguno al objeto de la presente sentencia (la protección del derecho fundamental de la paciente), los argumentos que introduce el Instituto Seccional de Salud en los que basa su contestación y la impugnación al fallo de primera instancia. El problema que propone tal entidad en el sentido de tener que considerar la contrarremisión de la paciente al primer nivel de atención una vez atendida por el especialista del departamento, es propio de la administración del sistema y, bajo ninguna circunstancia, puede implicar una dilación o una suspensión en el suministro de lo requerido médicamente para la paciente que coloque a este o lo perpetúe en una situación de violación de sus derechos.

4.6 No sobra en todo caso hacer aquí una advertencia. Si bien se concederá el amparo a la menor de edad Lizeth Natalia Flechas Díaz, eso no obsta para que estando ésta inscrita a una ARS, de ahora en adelante sean los médicos de Emdisalud los que dispongan el tratamiento que debe seguir. Como se vio, por excepción, para este caso en particular y por los hechos que fueron narrados y analizados, se puede aceptar que la formulación hecha por un galeno que no pertenece a la ARS se admita como válida para exceptuar el POS-S y ordenar, dada la gravedad de la paciente, que se suministren los medicamentos contenidos en ella. Empero, la paciente sigue estando a cargo de Emdisalud y debe ser ésta última quien defina su tratamiento, pues así lo prevé la Ley y así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación.

4.7 Entonces, en conclusión, esta Sala revocará la sentencia dictada el 4 de octubre de 2004 por la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por medio del cual revocó el fallo de 26 de agosto de 2004, en la cual el Juzgado 4º Civil del Circuito de Tunja concedió el amparo solicitado por el señor Pedro Manuel Flechas Chirome como agente oficioso de su hija, la menor Lizeth Natalia Flechas Díaz, dentro de la acción de tutela que éste inició contra Emdisalud A.R.S, con citación oficiosa del Instituto Seccional de

Salud de Boyacá.

En su lugar, confirmará este último solamente en el sentido de conceder el amparo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la menor de edad Lizeth Natalia Flechas Díaz.

En consecuencia, ordenará a la entidad Emdisalud ARS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la comunicación de la presente sentencia, suministre a la menor Lizeth Natalia Flechas Chirome los medicamentos Acido Valproico y Lamictal.

También advertirá a Emdisalud A.R.S, que podrá repetir contra el Estado, 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-S.

Por último advertirá a la menor de edad Lizeth Natalia Flechas Días, por conducto de su padre y agente oficioso, que de ahora en adelante deberá acudir a los médicos adscritos a Emdisalud ARS, para que sean éstos los que dispongan el tratamiento que debe seguir.

IV. DECISIÓN.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en el nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia dictada el 4 de octubre de 2004 por la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por medio del cual revocó el fallo de 26 de agosto de 2004, en la cual el Juzgado 4º Civil del Circuito de Tunja concedió el amparo solicitado por el señor Pedro Manuel Flechas Chirome como agente oficioso de su hija, la menor Lizeth Natalia Flechas Díaz, dentro de la acción de tutela que éste inició contra Emdisalud A.R.S, con citación oficiosa del Instituto Seccional de Salud de Boyacá.

En su lugar, CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Tunja arriba indicado, solamente en el sentido de conceder el amparo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la menor de edad Lizeth Natalia Flechas Díaz.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a Emdisalud ARS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la comunicación de la presente sentencia, suministre a la menor Lizeth Natalia Flechas Chirome los medicamentos Acido Valproico y Lamictal.

Tercero.- ADVERTIR a Emdisalud A.R.S., que podrá repetir contra el Estado, 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-S.

Cuarto.- ADVERTIR a la menor de edad Lizeth Natalia Flechas Días, por conducto de su padre y agente oficioso, que de ahora en adelante deberá acudir a los médicos adscritos a Emdisalud ARS, para que sean éstos los que dispongan el tratamiento que debe seguir

Quinto. LÍBRESE por secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión oficial en el exterior.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

SECRETARIA GENERAL

1 “De acuerdo a la Fundación de Epilepsia de America (Epilepsy Foundation of America), la epilepsia es una condición física que ocurre cuando hay un breve pero repentino cambio en el cerebro. Cuando las células cerebrales no están funcionando bien, la conciencia, movimientos, o acciones de una persona pueden alterarse por un breve período de tiempo. Estos cambios físicos se conocen como un ataque epiléptico (...)” Extracto tomado de Mediline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de E.E.U.U y los Institutos Nacionales de Salud, en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus>.

2 “El ácido valproico se usa solo o en combinación con otros medicamentos, en el tratamiento de ciertos tipos de crisis convulsivas o para tratar la epilepsia. También se usa para prevenir las migrañas y para tratar diversas enfermedades mentales, como el desorden bipolar y la agresividad” Ibídem.

3 Lamictal es el nombre comercial dado por los laboratorios GlaxoSmithKline a la lamotrigina. “La lamotrigina se usa en adultos con epilepsia para controlar un tipo de crisis convulsivas llamada crisis convulsiones parciales. También se usa en adultos y niños con crisis convulsivas generalizadas relacionadas con el síndrome de Lennox-Gastaut” Ibídem.

4 En este sentido, ver sentencias T-165 de 2004 (M.P.:Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-350 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño)

5 Sentencias T- 530 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1019 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-972 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras

6 Sentencias T-094/04. M.P. Eduardo Montealgre Lynett, T-410 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-632 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-911 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y T-213 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

7 Sentencia T-094/04. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

8 Sentencia T-232/04, M.P. Álvaro Tafur Galvis. , T-547/03, Manuel José Cepeda Espinosa. En especial en esta última La accionante, que se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud (Sisben 2), señaló que el médico tratante le ordenó “evaluación y manejo con especialista en neurología y encefalograma, porque la niña se le diagnosticó epilepsia, precisando que “(...) la atención que requería era urgente, dado la gravedad del padecimiento. Sin embargo la A.R.S. Saludvida no ha autorizado el tratamiento porque éste no se encuentra contemplado en el régimen de salud. La orden a Saludvida A.R.S. fue que en el término de seis (6) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, se tomen las medidas necesarias, para que a la accionante se le practique evaluación y manejo con especialista en neurología y encefalograma, procedimientos necesarios para atenderla, debido al diagnóstico de epilepsia interrogada que se ha formulado.

9 Sentencia T-094/04. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

10 Sentencias T-906 de 2004, T-524 de 2001, T-549 de 1999, entre otras.

11 Artículo 31. Prestación de servicios no cubiertos por el POS subsidiado.

Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.

12 Recientemente la Corte Constitucional ha reiterado la doctrina expuesta, entre muchas otras, en las Sentencias T-858/04, T-843/04, T-833/04, T-794/04 y T-744/04.