

Sentencia T-270/03

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Aplicación de vacunas

La EPS encargada de la prestación del servicio no ha puesto en tela de juicio ni la enfermedad, ni la necesidad del medicamento, ni que la abuela de la menor es usuaria y la niña es beneficiaria. El argumento que esgrime es el de que las vacunas no se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS), ni dentro de los programas de promoción y prevención que tiene el Gobierno establecido para cada zona del país. Cabe aclarar que efectivamente existe reglamentación respecto de medicamentos que son excluidos del POS, como el caso de las vacunas que requiere la menor que no están dentro del listado de medicamentos esenciales; pero, teniendo en cuenta el presente caso, cuando se deja de utilizar el medicamento ordenado por el médico especialista, se está afectando la integridad física y la salud de la menor, situación en la cual, es posible inaplicar normas que pongan en peligro estos derechos fundamentales, para proteger y prolongar la vida digna del menor” Se deduce que la salud de la menor esta en alto riesgo al no aplicársele las vacunas, ya que esta enfermedad es grave. Si bien es cierto, que con las vacunas, no tendría una cura total, con las mismas, si se le estaría mejorando la calidad de vida a la menor, aliviándole sus dolencias.

Referencia: Expediente: T-697159

Actora: Myriam Quiñonez de Martínez

Procedencia: Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil tres (2003).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Eduardo Montealegre Lynnet, Alvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la tutela T-697159, en la acción instaurada por la señora Myriam Quiñonez de Martínez contra CAJANAL E.P.S. y respecto de las sentencias proferidas por los Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia - Amazonas de fecha 30 de octubre de 2001 y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia-Agraria de fecha 18 de diciembre de 2002.

I. ANTECEDENTES

* La señora Myriam Quiñonez de Martínez es la abuela de la menor Lizbet Daniela Martínez Cruz de 3 años de edad y quien convive con la actora.

* La señora Quiñonez se encuentra afiliada a la E.P.S. de Cajanal en Leticia-Amazonas desde hace 35 años y 6 meses y desde junio 7 de 2001 a la niña la tiene afiliada como beneficiaria de este servicio.

* Afirma la accionante que a la niña Daniela Martínez le fue diagnosticado asma por el Especialista en Neumología del Hospital Regional de Leticia.

* El médico le prescribió la aplicación de vacunas (virus influenza N° 12 y Neumococo N° 1).

* En octubre 11 de 2002, la actora se dirigió a Cajanal para que le fueran entregadas las vacunas, pero, el director de la E.P.S. le manifestó que esas vacunas no se encontraban

cubiertas por el POS.

* La accionante solicita se le protejan los derechos citados ya que la actora no tiene los medios económicos para adquirir las vacunas que requiere la niña.

1. CONTESTACION DE LA ENTIDAD DEMANDA

El Director de la E.P.S. Cajanal, de Leticia, en escrito dirigido al Juzgado Promiscuo de Familia el 22 de octubre de 2002, dice:

“... me permito informar a usted que efectivamente la menor LISBETH DANIELA CRUZ, es beneficiaria de esta EPS, se encuentra afiliada desde el 07 de junio de 2001, mediante el REGIMEN CONTRIBUTIVO.

Por solicitud del médico especialista (NEUMOLOGO), manifestó que a la menor se le tenía que suministrar VACUNA VIRUS INFLUENZA (01) y VACUNA NEUMOCOCO (01).

Esta solicitud fue elevada a la Subdirección General de Salud con el Dr. IVAN G. TORRES RUIZ, Coordinador Grupo Promoción y Prevención, quien manifestó que estas vacunas no están dentro del POS (PLAN OBLIGATORIO DE SALUD), ni dentro de los PROGRAMAS DE PROMOCION Y PREVENCION que tiene el Gobierno para cada zona del país. Siendo en este caso para el AMAZONAS. Por lo tanto no se le pudo suministrar dichas vacunas.”

1. PRUEBAS

En el expediente obran las siguientes pruebas:

* Copia del carnet N° 996713, aparece como beneficiaria la menor LISBETH DANIELA MARTINEZ CRUZ.

* Copia del carnet N° 40175863, como cotizante de la señora Miryam Quiñonez de Martínez.

* Copia del registro civil de nacimiento de la Registraduría Nacional del Estado Civil de la menor Lisbeth Daniela Martínez Cruz.

* Copia de la fórmula prescrita por el dr. Julio A. Báez Sánchez.

* Copia de la fórmula expedida en la Clínica Amazonas el 28 de septiembre de 2002, firmada por el dr. Edgar Pedraza, neumólogo.

* Copia de la declaración dentro de la acción de tutela por parte de la accionante.

* Copia de la ampliación de la declaración de la señora Myriam Quiñonez de Martínez.

* Copia de la declaración dentro de la acción de tutela por parte del doctor Julio Alberto Baez Sánchez.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

Primera instancia

El fallo emitido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia con fecha 30 de octubre de 2002, decidió no tutelar los derechos invocados por la actora al considerar que por la

declaración del médico tratante que atendió a la menor, la enfermedad del asma se puede manifestar desde una crisis muy leve, casi imperceptible para el paciente, hasta muy grave que puede comprometer la vida del paciente. Que las vacunas en mención solo previenen las infecciones respiratorias, que pueden desencadenar en crisis asmáticas, pero que no le garantizarían la cura de la enfermedad. Agrega el Juez, que el médico tratante afirma que las vacunas podrían beneficiar a la niña.

Dice el fallo que por la capacidad económica de la accionante, ella puede asumir el costo de los medicamentos (\$200.000,00), ya que el padre de la menor le envía una cuota alimentaria mensual para la menor, la que supera el costo de las mismas.

Concluye el Despacho, que el derecho en cuestión es prevalente ante la obligación que tiene la EPS frente al paciente, por tratarse de la salud de la menor, pero, que la EPS CAJANAL por no suministrar las vacunas en mención, no está vulnerando los derechos fundamentales de la menor por cuanto se le ha estado prestando los servicios en salud que la menor ha requerido, con los medicamentos que están dentro del POS, además se le ha estado controlando la afección respiratoria. Considera que el suministro de las vacunas no es esencial para el control del asma.

Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil - Familia- Agraria confirmó el fallo del a-quo, al considerar que solo en el supuesto que las vacunas fuesen un medicamento indispensable para garantizar la vida y la salud de la niña, la tutela prosperaría con la autorización para la EPS accionada de repetir contra FOSYGA. Por lo tanto, confirmó el fallo.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia.

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

A. TEMAS JURIDICOS

Procede esta Sala a resolver si se protegen en debida forma los derechos a la salud y a la vida de una menor de edad cuando se le ordena a la E.P.S. a la que pertenece, que le sean entregadas unas vacunas, no incluidas dentro del POS.

1. Procedencia de la tutela

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la salud se encuentra dentro de los derechos sociales, económicos y culturales debido a su contenido prestacional, por tanto, no son considerados como derechos fundamentales, pero cuando éstos afectan directamente derechos catalogados como tal, por ejemplo, el derecho a la integridad física y a tener una vida digna, es preciso protegerlos, más aún cuando se trata de niños o ancianos que se encuentran indefensos frente a políticas sobre la materia, casos en los cuales es procedente la acción de tutela.¹

2. Exclusión de tratamientos del Plan Obligatorio de Salud y requisitos para que su suministro sea ordenado por vía de tutela, de acuerdo con la normatividad existente y la jurisprudencia de esta Corporación.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud a través del P.O.S. establece los servicios de salud que deben prestar las empresas promotoras de salud a las personas que estén afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud por el Régimen Contributivo². Sin embargo, el Plan Obligatorio de Salud consagra la existencia de exclusiones y limitaciones, que en general serán todas “aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en virtud de la supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de este modo, “que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales...”.

Antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, se debe verificar si se presentan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional³:

“Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado.

Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda 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.

“Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.

“Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.”⁴

Si se dan los anteriores requisitos, la E.P.S. se encuentra obligada a prestar el servicio o entregar el medicamento y, con el fin de preservar el equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias precedentes. (SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001 entre otras).

Sobre el derecho a la salud, cuando se trata de menores de edad “es en sí mismo un derecho fundamental”. Esta caracterización aparece en el artículo 44 de la C.P. en la sentencia T-1279 de 20015, se dijo lo siguientes:

“En el presente caso basta, no obstante, recordar la tesis sostenida por la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas ocasiones en el sentido de que cuando se trata de niños en términos constitucionales, o sea personas menores de edad, el derecho a la salud es en sí mismo un derecho fundamental.⁶

En efecto, como el propio texto constitucional lo señala en su artículo 44, el derecho a la salud de los niños es fundamental.⁷ La Constitución de 1991 quiso dar una protección

especial a ciertos sujetos en ciertos ámbitos, como por ejemplo a los indígenas en su participación en el Senado de la República (artículo 171) o a las mujeres en los niveles decisorios de la administración pública (artículo 40). En el campo de la salud, uno de los grupos a los que el constituyente decidió brindarle una protección especial es a los niños. Al respecto dijo la Sala Cuarta de Revisión,

“Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.

Por su carácter de derecho fundamental, el Estado tiene entonces la obligación de garantizar la atención de la salud de los menores, bien porque las prestaciones que ello implica se hagan efectivas en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales (...)”⁸

Así pues, es claro que para que un juez de tutela conozca de una acción de tutela en la que se invoca la protección al derecho a la salud de un niño, no es necesario que exista conexidad⁹ alguna con cualquier otro derecho fundamental, pues como se dijo, en este caso la garantía constitucional adquiere la categoría de fundamental.

2.2. Ahora bien, el que el derecho a la salud, en sí mismo considerado, adquiera en el caso de los niños el carácter de fundamental no dice mucho sobre el alcance del derecho, así como tampoco sobre las limitaciones que sobre este puedan justificarse a la luz de la Constitución. Esto sin desmedro de que, en ciertas ocasiones se deriven de la norma sobre el derecho fundamental de los niños a la salud (art. 44 C.P.) derechos subjetivos concretos judicialmente exigibles de manera inmediata, en cabeza del menor titular del derecho. Un asunto es si un derecho ostenta el carácter de fundamental para determinar, entre otras cosas, los mecanismos idóneos para su protección, mientras que otro muy distinto es cuáles son los derechos subjetivos que se desprenden de la norma constitucional. El primer asunto se refiere a la exigibilidad del derecho y a las vías procesales idóneas para solicitar amparo judicial. El segundo toca con el alcance del derecho así como sobre los límites legítimos a su ejercicio para determinar los derechos subjetivos específicos que se encuentran dentro de su ámbito de protección en cada caso.”

4. Curar no es derrotar a la enfermedad

La jurisprudencia ha considerado que CURAR no es solamente derrotar la enfermedad, sino además el restablecimiento de la salud, el “conjunto de procedimientos para TRATAR una enfermedad o afección”.¹⁰

Dentro de este contexto la Corte Constitucional ha dicho:

“... 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 vida¹¹.”

En la T-430/94, la Corte hizo la siguiente aclaración:

Ello no significa, que la Sala avale la interpretación según la cual, cuando existe posibilidad de mejoría o progreso en la salud del paciente, dichas entidades encargadas de la prestación de la seguridad social no deban suministrar la atención requerida. Por el contrario, cuando dichas circunstancias se presentan, la institución de seguridad social del Estado está en la obligación de prestar el servicio requerido en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona”¹².

Y, la misma sentencia recalca:

“debe dejar claro la Sala que las entidades de previsión social -Instituto de los Seguros Sociales y Caja de Previsión Social-, no están autorizadas para interrumpir un tratamiento médico o quirúrgico a quien esté derivando o recibiendo de él evidentes progresos en su salud. Es decir, que dichas entidades están en la obligación de suministrar la atención requerida si es factible para el paciente obtener una mejoría o progreso en su salud mediante terapias, controles regulares, intervenciones quirúrgicas, etc., logrando con ello mantener en él una mejor calidad de vida”¹³.

En la T-024/95 se dijo:

“Es decir, curación no tiene un solo significado: superación del mal, sino que también significa mejoría, progreso, tratamiento necesario. Esta forma de interpretar concuerda con

la esencia de la Constitución que establece la protección de los débiles y especialmente de los niños.... (negrilla fuera de texto)

Protección que debe ir ligada al análisis concreto de cada caso, para lo cual la valoración médica es muy importante. Por supuesto que el informe burocrático que califique como NO CURABLE determinada enfermedad no se puede aislar de otros elementos de juicio que existan en el expediente, porque se repite, el término CURACION no es únicamente derrotar la enfermedad. El fin de la protección constitucional es la real y no la retórica protección del menor inválido y este criterio se debe conjugar las actuales normas de seguridad social.

El “no poder hacer nada” no puede ser disculpa para no asumir el riesgo. Solo tiene validez esta expresión cuando mejoría o progreso sean imposibles o cuando no están desarrollándose tratamientos necesarios.”

En conclusión, la demora en continuar un tratamiento y la falta de atención afecta los derechos fundamentales de salud, seguridad social, vida, dignidad y no puede servir de disculpa una irrazonable demora.

CASO CONCRETO

La abuela manifestó en el escrito de tutela que no tiene los medios económicos para sufragar los gastos que conllevan la enfermedad de la niña.

La EPS encargada de la prestación del servicio no ha puesto en tela de juicio ni la enfermedad, ni la necesidad del medicamento, ni que la abuela de la menor es usuaria y la niña es beneficiaria. El argumento que esgrime es el de que las vacunas no se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS), ni dentro de los programas de promoción y prevención que tiene el Gobierno establecido para cada zona del país.

Por otra parte, cabe aclarar que efectivamente existe reglamentación respecto de medicamentos que son excluidos del POS, como el caso de las vacunas que requiere la menor Lisbeth Daniela Martinez Cruz, que no están dentro del listado de medicamentos esenciales; pero, teniendo en cuenta el presente caso, cuando se deja de utilizar el medicamento ordenado por el médico especialista, se está afectando la integridad física y la salud de la menor, situación en la cual, es posible inaplicar normas que pongan en peligro

estos derechos fundamentales, para proteger y prolongar la vida digna del menor¹⁴.”
(subrayas fuera de texto)

El doctor Julio Alberto Baez Sánchez, dijo en su diagnóstico: “...La paciente se encuentra en el servicio por crisis asmática severa. Fue medicada por Neurología con inhalambres y se prescribió con: 1) vacuna virus influenza N° 12 y 2) vacuna neumococo N°1”. (subraya fuera de texto)

Las cuales son importantes en el manejo de su patología y se le deben aplicar a finales del presente mes.”, la fecha de la formula es del 1º de octubre de 2002. (negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, se deduce que la salud de la menor esta en alto riesgo al no aplicársele las vacunas, ya que esta enfermedad es grave. Si bien es cierto, que con las vacunas, no tendría una cura total, con las mismas, si se le estaría mejorando la calidad de vida a la menor, aliviándole sus dolencias.

Respecto a los ingresos, la actora manifestó ser pensionada desde hace 35 años, que con el dinero que le envía el padre de la menor (\$300.000,00), apenas le alcanza para cubrir los gastos de manutención de la menor, por lo cual, sostiene no puede cubrir el costo de las vacunas.

En consecuencia, esta Sala concede la tutela pedida en lo que respecta a autorizar las vacunas virus influenza N° 12 y Neumococo N° 1, a través de la EPS de Cajanal de Leticia, de acuerdo con la formulación dada por el médico tratante.

Sin embargo, para garantizar el equilibrio financiero de la Entidad Prestadora de Salud de Cajanal, está podrá repetir contra el FOSYGA en relación con el gasto asumido para las vacunas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de fecha dieciocho (18) de diciembre del dos mil dos (2002), del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil - Familia - Agraria de Bogotá, en la acción de tutela presentada por Myriam Quiñonez de Martínez, en representación de su nieta menor de edad Lizbeth Daniela Martínez Cruz contra la EPS de Cajanal en Leticia- Amazonas.

SEGUNDO. CONCEDER la acción de tutela en relación con la entrega de las vacunas: 1) Virus Influenza N° 12 y 2) Neumococo N° 1, por parte de la EPS de Cajanal de Leticia- Amazonas.

TERCERO. ORDENAR que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la entidad demandada, si aún no lo ha hecho, haga la entrega de las vacunas, tal como le fue ordenado por el médico tratante.

CUARTO. INAPLICAR de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política y para este caso específico el parágrafo del artículo 12 de la resolución 5261 de 1994, emitida por el Ministerio de Salud y el artículo 7 del Acuerdo 08 de 1994, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

QUINTO. A la EPS de Cajanal le asiste el derecho de repetir por los costos en que incurra con ocasión del cumplimiento de este fallo de tutela ante la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social en Salud - Fosyga.

SEXTO. 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.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

2 En relación con este tema, puede consultarse la sentencia T-1120 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

3 Ver entre otras, sentencias SU-111 y SU-480 de 1997, T-236, T-283 y T-560 de 1998 y T-409 de 2000.

4 Sentencia T-300/01.

5 Sentencia T-1279 de 2001, M.P., Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

6 Entre otros fallos pueden verse los siguientes: T-075/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-286/98 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-046/99 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-887/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-414/01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-421/01 (M.P. Alvaro Tafur Galvis). En todos ellos la respectiva Sala de Revisión consideró que el derecho a la salud de los niños es fundamental.

7 “Artículo 44 — Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, (...)”

8 Sentencia T-075/96; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

9 En varios casos la Corte ha derivado de la Constitución misma el derecho a que se practiquen cirugías o se suministren ciertos medicamentos, a pesar de no estar contemplados dentro del Plan Obligatorio de salud (POS), debido a que está en juego otra garantía constitucional. Por ejemplo: prótesis de las extremidades inferiores (T-941/00), atención integral de sida (T171/99 y T-1166/00), pañales a personas de la tercera edad (T-099/99), atender una inflamación crónica en la vejiga (T-975/99), suministro de viagra a personas con disfunciones sexuales (T-926/99) o drogas para la depresión (T-409/00).

10 Sentencia T-548/00. M.P. Alejandro Martínez Caballero

11T-067/94, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

12T-430/94, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara

13Ibidem

14 T-114, 640 y 647 de 1997; T-628, 631 y 736 de 1998, dando aplicación a las sentencias de Sala Plena SU-111 y SU-480 de 1997. C-112 de 1998, T-370, 385 y 419 de 1998, T-236, 283, 286, 328 y T-560 de 1998 y T-786 de 2001.