

T-502-95

Sentencia No. T-502/95

TRATAMIENTO MEDICO DEL MENOR-Catálogo de medicamento/INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Suministro de medicamento/DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos/DERECHO A LA VIDA-Suministro de medicamentos

El caso que motiva el presente fallo (niño epiléctico) la droga que se le niega al enfermo es indispensable, según el médico, para un tratamiento adecuado. La demandante afirma que su hijo solamente ha encontrado mejoría con el medicamento que en una oportunidad le recetó la pediatra. Se abrigan, entonces, razonables esperanzas de mejoría para el infante. Significa esto que la no aplicación de la droga que la médico considera adecuada, repercute en contra de la vida y la salud del menor, luego es viable proteger al niño porque hay una amenaza a sus derechos fundamentales.

PROFESIONAL DE LA SALUD-Criterio científico

La labor del Juez de tutela es dar la orden de que no se interfiera la decisión del galeno que trata al niño, en cuanto razonablemente dicha decisión repercute favorablemente en el paciente. Tal orden no puede ser temporal porque el peligro existe y su protección depende de que se ha afectado un derecho fundamental. De ahí que la tutela se concederá de manera definitiva y no transitoria. El I.S.S. debe responder por el tratamiento señalado por el médico y la orden debe darse en tal sentido, lo que no puede hacer la Corte es, como lo determinó el a-quo, precisar la droga que hay que administrar.

Ref.: Expediente N°73627

Peticionaria: María Ospina Agudelo

Procedencia: Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira.

Tema: Medicamentos que puede formular el I.S.S.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá , D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la acción de tutela radicada bajo el N° 73627, interpuesta por María Francinelly Ospina Agudelo.

ANTECEDENTES

1. Solicitud de la señora Ospina Agudelo:

“Yo tengo un niño que se llama Robert Andrés Valencia Ospina, que actualmente tiene 7 años de edad, nació en Tuluá Valle en el Seguro Social de esta localidad, claro que todos los controles del niño han sido acá en Pereira, cuando nació a los dos días de nacer lo vacunaron y convulsionó y siempre a seguido convulsionado y por esta razón el Seguro Social siguió dándole al menor la droga para este problema, aparte de esto el niño presenta un leve retardo motor, estuvo como droga Elixir de fernobarbital y también tomó depakene, tegretol, epamin, suministrada por el seguro social esas drogas le han causado perjuicios en su salud, y el niño estuvo hasta dopado y le perjudicaba hasta para el aprendizaje, se hicieron exámenes y se determinó que la droga le estaba causando daño en su salud, la doctora Catalina Donuyer la cambio la droga desde el 28 de marzo del presente año por sabril o vigabactrin de 500 miligramos, dicha pediatra trabaja en el seguro social donde es atendido el niño por prórroga en razón a la enfermedad cuando tenía menos de un año, pero resulta

que el Seguro Social ya no quiere seguir suministrando esta droga, tomando como disculpa la ley 100/93; dicen que le siguen suministrando la otra que tomaba antes, pero esas le hacen daño, el sabrin no, que por que debía de haber sido formulado tres años atrás, y esta droga en el comercio tiene un valor de \$63.000,00 pesos una caja de 60 pastas y el menor debe tomar una pasta cada ocho horas, por lo que a mí se me hace imposible, no tengo medios económicos para adquirir esta droga que debe ser suministrada por el Seguro Social, en el Seguro Social yo he hablado con la coordinadora de pediatría que se llama Claudia N. y ellas si autorizó la droga pero no me entregaron, pero que tenía que hablar con el doctor Marulanda, y me dijo que no le tocaba eso que tenía que hablar con el Gerente Jesús Antonio Marquez y hable con este y me dijo que él me entendía el caso, pero que no me podía ayudar que por que se lo prohibía la ley 100/93, me dijo que si yo quería pusiera una demanda, yo solicito que se de trámite a esta acción de tutela a fin de favorecer la salud de mi hijo con la droga que debe ser sumistrada por el Instituto Seguro Social.”

2. Pruebas.

2.1. El Instituto de Seguros Sociales, Seccional de Risaralda, dice que el Decreto 1938/94 definió en su artículo 45, los medicamentos del plan obligatorio de salud y dentro de ellos no está SABRIL, de ahí la orden de no autorizarlo.

2.2. La neuropediatra Catalina Danuyer, médico del niño, dice que el menor tiene epilepsia de difícil manejo con convulsiones iniciadas a los 6 meses. Que el paciente ha recibido los medicamentos existentes en el formulario del I.S.S. sin presentar mejoría, pero que con el “vigabatrín si ha reaccionado favorablemente” y que al dárselo la médico no tenía conocimiento de que no estuviera en los que permite el I.S.S.

2.3. La Coordinadora pediatra dice que “a ningún paciente se le ha negado el medicamento fuera de formulario”. Pero la verdad es que al niño no se le entrega como lo expresa la madre bajo juramento, se infiere del hecho de instaurarse la tutela y de la declaración de la médico.

3. Decisión.

el Juzgado Sexto Penal Municipal de Pereira, en providencia de 2 de junio de 1995 resolvió:

“Primero.- TUTELAR los derechos fundamentales de índole Constitucional, que en nombre y representación del menor ROBERT ANDRES VALENCIA OSPINA, hace la señora María Francinelly Valencia Ospina y los cuales hacen referencia a la salud, a la vida, a la seguridad social y derechos del menor, consagrados en la Constitución Política en sus arts. 11, 44, 48 y 49. Este amparo se hará en forma transitoria para evitar un mal o perjuicio irremediable (art. 8º Decreto 2591 de 1991), protección que operará en las condiciones analizadas en la parte motiva de éste proveído.

Segundo.- Envíese el Oficio respectivo al señor Director del Instituto de los Seguros Sociales de ésta Ciudad, para que proceda de conformidad con lo resuelto, esto es, ordenando le sea suministrado al menor ROBERT ANDES VALENCIA OSPINA, el medicamento antiepiléptico conocido como VIGABATRIN que le recetara la Doctora CATALINA DUYUNER, su Médico tratante; ésto en las condiciones relacionadas con anterioridad”.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. 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 2º 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 dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

B. CASO CONCRETO Y REITERACION DE JURISPRUDENCIA.

La señora María Ospina Agudelo puede instaurar tutela en representación de su hijo, menor e inválido, luego la acción debe ser definida, pero no en el sentido de ordenar que se recete la droga que la solicitante indica, sino la que señale el médico que viene tratando al niño; este aspecto ya fue resuelto por esta Sala S´ptima de Revisión.

En sentencia T-271/95 se estudió el siguiente caso:

“Indica el actor que la adquisición de los medicamentos escapa a sus posibilidades económicas, que le fueron recomendados por el médico que lo atiende y que mediante su

aplicación se evita el desarrollo de “enfermedades del sistema nervioso central que son incapacitantes e invalidantes y generan dolor insoportable”, se logra retardar “el proceso deterioro del organismo” y recuperar “el sistema de defensas del cuerpo”, todo lo cual se traduce en un mejoramiento de la calidad de vida y en la prolongación de la misma, ventajas que, fuera de obtenerse a un menor costo, permiten la incorporación del enfermo a la actividad productiva, así como la recuperación anímica derivada del disfrute de mejores condiciones de fé, esperanza y convivencia, no sólo para el afectado sino también para sus familiares y allegados.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales sostiene no haber entregado los antiretrovirales por encontrarse sujeto a regulaciones especiales, de naturaleza legal y reglamentaria, que se remontan al periodo anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993 y que, le impiden, proporcionar medicamentos no incluidos dentro del catálogo general de suministros Clase I, productos farmacéuticos, en el que no figuran los aludidos antiretrovirales. En efecto, señala el Instituto que el decreto 1938 de agosto 5 de 1994 “por el cual se reglamenta el plan de beneficios del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud” establece como únicos medicamentos para el tratamiento del sida “al Trimetropin Sulfamatoxazol y al pentamidina isotianato” y, de otro lado prohíbe, en forma expresa, recetar drogas o sustancias que no aparezcan autorizadas en el formulario del Ministerio de Salud (artículo 15, literal g). Similar prohibición contiene la resolución 0046, de febrero 1 de 1994, emanada de la presidencia del seguro social.”

Como se aprecia es un caso similar al de la presente tutela, puesto que el tema planteado es el de exigirle al I.S.S. que dé al paciente determinado medicamento; el seguro se niega a hacerlo invocando la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1938 de 1994, y, tanto en el caso que sirve de ejemplo (se trataba de un enfermo de sida) como en el que motiva el presente fallo (niño epiléctico) la droga que se le niega al enfermo es indispensable, según el médico, para un tratamiento adecuado. En el caso que ya definió la Sala, se precisó:

La Sala insiste en que la respuesta que se dé a la pregunta precedente debe partir de la estimación de los elementos fácticos en concordancia con las normas constitucionales aplicables; y por tanto, hallándose constatado que el actor padece una enfermedad que en

forma directa afecta su vida y las condiciones en que la desarrolla, no vacila en afirmar que la protección que los derechos a la vida y a la salud reclaman, si bien no involucra una obligación de resultado, incluye en este evento, la facultad de agotar todas las posibilidades enderezadas a conservar la existencia vital en la plenitud que le es inherente. (subrayas propias)

El ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de enfermedades incurables y mortales afecta esos niveles, poniendo en peligro la propia subsistencia, no resulta válido pensar que el enfermo esté ineluctablemente abocado a abandonarse a la fatalidad, desechando cualquier tratamiento, por considerarlo inútil ante la certeza de un inexorable desenlace final; todo lo contrario, el paciente tiene derecho, mientras tanto, a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar, por los medios posibles, la prolongación de la vida amenazada, si así lo desea.”

La señora María Ospina Agudelo afirma que su hijo Robert Andrés Valencia Ospina solamente ha encontrado mejoría con el medicamento que en una oportunidad le recetó la pediatra, el SABRIL. Se abrigan, entonces, razonables esperanzas de mejoría para el infante. Significa esto que la no aplicación de la droga que la médico considera adecuada, repercute en contra de la vida y la salud del menor, luego es viable proteger al niño porque hay una amenaza a sus derechos fundamentales. Ante esta situación, la Sala había dicho:

“Queda así establecido que la utilización de la droga solicitada hace parte del tratamiento que el médico del Instituto de Seguros Sociales, que atiende al actor, considera conveniente seguir. Sobre la base del criterio científico del profesional de la salud, la Sala estima pertinente acotar que el peticionario tiene el derecho a que se le brinde la totalidad del tratamiento en la forma prescrita, porque un tratamiento incompleto o que no se ciña a las recomendaciones médicas desconoce las prerrogativas del paciente que, según lo indicado, voluntariamente ha querido someterse a las prescripciones del galeno. La Sala se limitará, entonces, a ordenar que se realice el tratamiento tal como fue dispuesto; de manera que su orden no interfiere las decisiones del médico ni la prestación misma del servicio cuyas modalidades e incidencias corresponde apreciar y valorar el galeno.”

Significa lo anterior que la labor del Juez de tutela es dar la orden de que no se interfiere la

decisión del galeno que trata al niño, en cuanto razonablemente dicha decisión repercute favorablemente en el paciente. Tal orden no puede ser temporal porque el peligro existe y su protección depende de que se ha afectado un derecho fundamental. Es más, la orden no va a depender de otro juicio (que no se sabe cuál sería) como lo creyó equivocadamente el a-quo. De ahí que la tutela se concederá de manera definitiva y no transitoria.

En la sentencia que sirve de marco de referencia también se lee:

“La Sala observa que en el caso analizado se distinguen dos tipos de relaciones, a saber: entre el médico y el paciente y entre el paciente y el Instituto de Seguros Sociales. El primer evento ha sido dilucidado y, según se sigue de lo hasta ahora expuesto, es diferente el vínculo entre el paciente y la entidad afiliadora, que se revela conflictivo en la medida en que el Instituto se niega a otorgar la totalidad del tratamiento prescrito al enfermo, tratamiento que incluye el suministro de una droga determinada. Con base en los argumentos esbozados con anterioridad, se tutelarán los derechos invocados, resolviendo la controversia en favor del actor. La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, “una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance ” (Sentencia T-067 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. En la sentencia T-165 de 1995 la Corte expuso: “Siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial mediante lesión o amenaza inminente y grave

el Estado Social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable . Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona que es el fin del derecho “. (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).”

Queda claro que el I.S.S. debe responder por el tratamiento señalado por el médico y la orden debe darse en tal sentido, lo que no puede hacer la Corte es, como lo determinó el a-quo, precisar la droga que hay que administrar. Además, se repite, la tutela dará la orden en forma NO transitoria.

Hecha la anterior aclaración, surge nítida la solución, que será similar a la de la sentencia T-271/95 cuya jurisprudencia se reitera.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandamiento de la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira, de 2 de junio del presente año; manteniendo el amparo que le dió a la protección de los derechos fundamentales del menor ROBERT ANDRES VALENCIA OSPINA, pero modificando en el sentido de ordenar que el Instituto de Seguros Sociales proceda dentro del término improrrogable de 48 horas, a dar al citado infante, EN SU TOTALIDAD, el tratamiento que le señale al paciente el médico del I.S.S. que lo ha venido tratando.

SEGUNDO.- Librense por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MONCALEANO

Secretaria General