

Sentencia T-765/04

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Entrega de medicamento

Referencia: expediente T-920752

Acción de tutela instaurada por María Mireya Melo Melo actuando como agente oficiosa del menor Bryan Camilo Mayag Melo contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil cuatro (2004).

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

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, en el proceso de tutela iniciado por Mireya Melo Melo actuando como agente oficiosa de Bryan Camilo Mayag Melo contra El Instituto Departamental de Salud de Nariño.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

La ciudadana Mireya Melo Melo actuando como agente oficiosa de su hijo menor de edad Bryan Camilo Mayag Melo, interpuso acción de tutela el día 15 de abril de 2004 contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, la salud y a la seguridad social de su hijo menor de edad, debido a la renuencia en la entrega del medicamento denominado Tegretol por parte del accionado.

Fundamentó su solicitud de tutela en los siguientes hechos:

De acuerdo a la historia clínica número 5621 que reposa en el “Centro de Habitación del Niño CEHANI” E.S.E, consta según argumenta la accionante que su hijo menor de edad padece de Epilepsia Focal con componente Mioclónico.

Así mismo sostiene la demandante que el tratamiento médico que debe recibir su hijo consiste en tomar Tegretol Retard 40 mg cada 8 horas.

Sostiene la demandante que su hijo últimamente ha venido presentando a razón de entre 7 y 8 ataques diarios de epilepsia, por lo que se vio abocada a buscar ayuda médica en el Hospital Infantil los Angeles, en la ciudad de Pasto.

La doctora Rocío Ordoñez Ortega quien se desempeña como medica pediatra adscrita al Hospital Infantil los Angeles, le recetó nuevamente al infante Bryan Camilo el medicamento Tegretol.

Indica en su demanda de tutela, que el Instituto Departamental de Salud de Nariño, a través de la farmacia del Hospital Civil, ha entregado el medicamento genérico (Carbamazepina) el cual no ha tenido un efecto positivo en la salud de su hijo.

El día 22 de marzo de 2004, la doctora Angélica Uscategui (Neuropediatra que atiende en consulta a los niños del CEHANI), recomendó que la droga indicada para el menor Bryan Camilo es Tegretol suspensión. 2% y no la Carbamazepina, a pesar de que el componente activo es el mismo, no tiene efecto curativo en el tratamiento.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, solicita la accionante se ordene al Instituto Departamental de Salud de Nariño, la entrega del medicamento Tegretol suspensión 2% en la dosis y cantidad que llegue a ser necesaria para el restablecimiento de la salud de su hijo menor de edad.

2. Intervención de la entidad demandada.

Intervención del Instituto Departamental de Salud de Nariño.

En escrito fechado el 23 de abril de 2004, la ciudadana Sonia Gómez Erazo, en calidad de Directora y Representante Legal del Instituto Departamental de Salud de Nariño, dio respuesta a la acción de tutela solicitando se despachen desfavorablemente las pretensiones

de la misma. Argumentó en defensa del Instituto Departamental lo siguiente:

Sostiene que el menor Bryan Camilo se encuentra en tratamiento médico en el CHEANI y en el Hospital Infantil los Angeles, entidades con las cuales se tiene contratos para la atención de la población más pobre y vulnerable del Departamento.

Afirma que al tenor del artículo 4 del Acuerdo 228 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la utilización de las denominaciones comunes internacionales (nombres genéricos) en la prescripción de medicamentos será de carácter obligatorio. Los medicamentos a dispensar deben corresponder al principio activo, forma farmacéutica y concentración prescritos, independiente de su forma de comercialización (genérico o de marca), siempre y cuando se conserven los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente.

Argumenta la Representante Legal del ente demandado que las multinacionales farmacéuticas se han convertido en monopolios del mercado, fijando precios demasiado elevados por lo que la población más vulnerable no puede acceder a dichos medicamentos.

Finaliza su defensa sosteniendo que el INVIMA, entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección social, para el caso que nos ocupa, sostuvo que la Carbamacepina cumple con todos los requisitos de control y calidad, y que además los laboratorios que la producen poseen certificaciones de buenas practicas de manufactura y de cumplimiento de las normas de calidad ISO 9000.

El Instituto Departamental de Salud de Nariño, continuará con el tratamiento del menor en las instituciones con las que se tiene contrato, y se le suministrarán los medicamentos con las normas legales vigentes.

1. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

* Certificado para la Población Vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, expedida en la ciudad de Pasto el día 9 de enero de 2004, en donde consta que tanto la señora María Mireya Melo Melo, como el menor Bryan Camilo Mayag Melo se encuentran vinculados al Sisben. (Folio 14)

* Certificación expedida el día 15 de abril de 2004, por la Sub-Gerente Técnica del Centro de Habilitación del Niño "CEHANI" - E.S.E., en donde se formula nuevamente el medicamento Tegretol debido a que con el medicamento Carbamazepina reaparecieron las crisis, luego de las cuales hubo retroceso en los procesos de aprendizaje del menor Bryan Camilo Mayag Melo. (Folio 15)

* Concepto médico emitido el 30 de marzo de 2004, por la doctora Rocío Ordoñez Ortega en donde manifiesta que el menor Bryan Camilo Mayag Melo responde adecuadamente al medicamento Tagretol y no muy bien al medicamento Carbamazepina. (Folio 16)

* Concepto médico emitido el 3 de mayo de 2004, por la doctora Rocío Ordoñez Ortega en donde nuevamente manifiesta que el niño Mayag Melo en la practica médica responde favorablemente al recibir el medicamento Tagretol, lo que no sucede cuanto se le suministra la carbamacepina. (Folio 43)

I. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Por reparto, conoció de la presente acción de tutela el Juzgado Segundo (2) Municipal de la ciudad de Pasto, que mediante oficio fechado el dieciséis (16) de abril de 2004, rechazó la presente acción de tutela por falta de competencia, ordenando remitir las diligencias a la Oficina Judicial para que se efectuase el correspondiente reparto a los Juzgados Penales Civiles del Circuito de la ciudad de Pasto, correspondiéndole conocer de la presente tutela al Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad de Pasto.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad de Pasto en sentencia fechada el día tres (3) de mayo de 2004, no accedió a las pretensiones de la actora y en consecuencia denegó la acción de tutela.

Sostiene el Juez de instancia, que no obstante se trata de la recuperación de la salud de un menor de edad, no es competencia del Juez Constitucional decidir o no acerca de la efectividad de un medicamento esencial que entrega el Instituto Departamental de Salud de Nariño o el de marca que formulan los médicos especialistas. Si bien es cierto el criterio de los médicos tratantes del menor accionante es el de recomendar el medicamento de marca, no presentaron una justificación válida para que suministrara el precitado medicamento.

De acuerdo con la Resolución 228/02, no puede la entidad demandada adicionar presupuesto para ordenar la entrega de medicamentos que no le son permitidos por las normas reguladoras, salvo que las mismas tuviesen componentes distintos o el contenido del principio activo fuera inferior al medicamento en su nombre comercial.

El Instituto no vulneró derecho fundamental alguno, puesto que nada se pudo establecer respecto de la incompatibilidad de una y otra droga. Así mismo no se puede colocar en entredicho la eficacia de los medicamentos por el solo hecho de que los expenden con en nombre genérico.

No obstante denegar el amparo solicitado, el Juzgado de Instancia requerirá al Instituto Departamental de Salud de Nariño para que el menor sea valorado y si fuese del caso se le practiquen nuevos exámenes para poder así controlar su enfermedad.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer el fallo objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991 y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

1. Lo que se debate.

En la presente acción de tutela se discute si al menor Bryan Camilo Mayag Melo, se le están

vulnerando por parte del Instituto Departamental de Salud de Nariño sus derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social, al suministrarle el medicamento Carbamazepina (genérico) y no Tagretol (de marca), para el tratamiento de la Epilepsia Focal con Componente Mioclónico que padece.

1. Protección al derecho a la salud del niño.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, se puede entender la salud como “aquella facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”.¹

Cuando está de por medio el derecho a la salud de los infantes, esta Corte ha sido enfática en sostener que dichos derechos son de aplicación inmediata, siendo imperante protegerlos debido al alto grado de vulnerabilidad a que están expuestos.

Así mismo se ha establecido que la salud de los niños goza de una protección especial de grado constitucional, su observancia y eficacia, no solo está en cabeza de la sociedad sino también en todas las entidades del Estado.

Ha sido prolija la jurisprudencia constitucional respecto de la importancia de este derecho, al respecto en fallo de tutela se estableció lo siguiente:

“... el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza y se vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”².

Se reitera que la protección a la vida, salud, integridad física y seguridad social de los menores de edad, son derechos fundamentales que tienen prevalencia sobre cualquier otro derecho, por directo mandato del artículo 44 de la Constitución Política, por lo que gozan de

protección inmediata, por eso se debe recalcar que cuando un Juez Constitucional conozca de una acción de tutela en donde se esté solicitando la protección de un derecho fundamental de un niño, no es requisito establecer su conexidad con otro derecho de índole fundamental para buscar su protección.

No en pocas ocasiones, la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho a la salud hace parte de los derechos denominados de segunda generación, siendo un derecho de contenido prestacional, sin embargo, cuando están de por medio los niños, de manera inmediata el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental. Esta consideración obedece y es un desarrollo de los postulados del Estado Social de derecho.³

En otro estadio, es menester aclarar que en efecto existen reglamentaciones respecto de medicamentos que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, más sin embargo, cuando se deja de proporcionar un medicamento ordenado por el médico tratante especialista, que puede llevar al riesgo de la salud de un menor, es posible inaplicar dichas reglamentaciones para buscar con ello una adecuada y real protección de la vida de un menor.

En la Sentencia de Unificación 819 de 1999, se estableció:

“Ahora bien, la prestación de los servicios de salud se funda entre otros, en el principio de solidaridad, habida cuenta que los servicios que un afiliado requiere no son cubiertos con sus propios aportes sino con los recursos del Sistema conformados, entre otros rubros, por los provenientes de todos los aportantes, de tal suerte que quienes más contribuyen financian a aquellos que, por poseer menores ingresos, no cotizan o lo hacen en menor proporción circunstancia que, además, persigue el cumplimiento del principio de universalidad, pues el objetivo último de dicha dinámica es lograr el cubrimiento en salud de toda la población”.

Visto lo anterior, se observa que el Plan Obligatorio de Salud (POS) responde a tales principios de solidaridad y universalidad, por lo cual las entidades prestadoras de los servicios de salud pueden negarse, legítimamente, a prestar los servicios no contemplados en el Plan Obligatorio previsto en la Ley 100 de 1993, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que las entidades que prestan servicios de salud deben inaplicar las exclusiones precitadas, cuando con ello se garantiza la salud y la integridad física de los niños.

1. El caso concreto.

En el presente caso, de las pruebas obrantes dentro del expediente, se observa que el titular de los derechos que se reclaman vía acción de tutela, es un menor de edad, sobre el cual como ya se anotó en los considerandos del presente fallo, se predica un deber especial de protección.

Para la Corte es claro, que el no suministrarle al menor Bryan Camilo Mayag Mero, el medicamento solicitado por la médica tratante (folio 15), amenaza su derecho a salud.

Como lo conceptuaron las doctoras Martha Lucia de Martínez, Subgerente Técnico del Centro de Habilitación del Niño "CEHANI" - E.S.E., "se formula nuevamente Tegretol en suspensión, debido a que con la Carbamazepina reaparecieron las crisis, luego de las cuales hubo retroceso en los procesos de Aprendizaje" (folio 15), y la doctora Rocío Ordonez Ortega quien afirmó, "paciente con síndrome convulsivo que responde adecuadamente al medicamento Tegretol y no muy bien a la Carbamazepina de otros laboratorios, por lo cual se decide formular solo con el nombre comercial de Tegretol" (folio 17).

Desde la anterior perspectiva, es claro que el no suministro al menor Bryan Camilo del medicamento Tegretol, amenaza su derecho fundamental a la salud, por falta de un tratamiento adecuado.

Para la Corte es determinante para revocar el fallo de instancia, el concepto médico de la doctora tratante que obra en el expediente, y no son de recibo las discusiones sobre la naturaleza del medicamento, que en últimas son discusiones de orden económico, planteadas por el ente demandado.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala entra a revocar la decisión tomada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad de Pasto, por medio de la cual se negaron los derechos a la vida, salud y seguridad social del menor Bryan Camilo Mayag Melo. En su lugar se concede el derecho al suministro del medicamento Tegretol, en las dosis y por el tiempo que el especialista tratante determine.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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 del tres (03) de mayo de 2004, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad de Pasto y, en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social dentro de la acción instaurada por la señora Mireya Melo Melo actuando como agente oficiosa del menor Bryan Camilo Mayac Melo contra el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

Segundo. ORDENAR al Instituto Departamental de Salud de Nariño que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, se autorice el suministro del medicamento Tegretol, en las dosis y por el tiempo que el médico tratante determine.

Tercero. 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 ARAUJO RENTERÍA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Ver sentencia T-597 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Ver sentencia T-355 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

3 Respecto del presente tema se pueden consultar las sentencias SU-043 de 1995, SU-111 de 1997, SU-480 de 1997 y T-670 de 1997, entre muchas otras.