

Sentencia T-786/01

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Suministro de medicamento excluido del POS

El derecho a la salud de los niños tiene protección especial constitucional, se tiene, no sólo como un derecho fundamental sino como un deber de la sociedad y de los entes estatales, a salvaguardar su salud y a proporcionarles un mejor modo de vida. Cabe aclarar que efectivamente existe reglamentación respecto de medicamentos que son excluidos del POS, como el caso de la droga que requiere el menor que no esta dentro de la lista 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 del 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.

Referencia: expediente T- 465.173

Acción de tutela instaurada por Helber Mauricio Higuera Roa contra Salud Colmena E.P.S. Seccional Bogotá

Procedencia: Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Sentencia aprobada en Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de julio de dos mil uno (2001).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado el veinte (20) de abril de dos mil uno (2001), por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Helber Mauricio Higuera Roa en representación de su hijo Felipe Higuera Tovar contra

Salud Colmena E.P.S. Seccional Bogotá.

La Sala de Selección No. 6 de la Corte Constitucional, por auto del veintiuno (21) de junio del año en curso, eligió, para efectos de su revisión, el fallo de la referencia. El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Los hechos motivo de la presente acción de tutela, son los siguientes:

1. El actor presenta acción de tutela en representación de su hijo Felipe Higuera Tovar de tres años de edad, contra la E.P.S. Salud Colmena, comenta el actor que junto con su esposa se encuentra afiliado al plan obligatorio de salud desde 1995.

1. Manifiesta que el menor sufre de una lesión cerebral degenerativa (secuelas de encefalopatía hipóxica), que le produce retraso global del desarrollo psicomotor y limitación severa de las caderas bilaterales (espasticidad de miembros inferiores escala de Asword $\frac{3}{4}$) equilibrio con traumatismo; a su parecer, producto del descuido del personal médico del Hospital San Ignacio que atendió al menor en el momento del nacimiento prematuro.

1. Debido a la enfermedad que el menor padece debe someterse a constante tratamiento, el médico rehabilitador del Instituto de Ortopedia infantil Roosevelt, le ordenó la ampolla TOXIMA BOTULINICA por 100ui, para relajar los músculos inferiores y facilitar la reeducación de la marcha.

1. Desde el 17 de enero de 2001, solicitó a la E.P.S. Salud Colmena suministro del

medicamento en mención, pero fue negado con el argumento de encontrarse fuera del P.O.S..

1. El 26 de enero de 2001, el actor reiteró la solicitud anterior, pero con oficio del 1 de febrero del mismo año, se le informa que el Comité Técnico Científico había determinado no autorizar el medicamento. En el mismo sentido recibió nuevo comunicado el 7 de febrero de 2001.

1. Hace referencia al Acuerdo No. 83 de 1997 y a la Resolución No. 5061 de 1997, por medio de la cual se reglamenta la conformación de los Comités Técnicos Científicos encargados del suministro de medicamentos no amparados en el P.O.S., cuando se cumplan con ciertos requisitos; como en el caso del menor, existe riesgo inminente, hubo agotamiento de posibilidades terapéuticas sin resultado alguno y se elevó petición tanto del interesado como del médico tratante.

1. Agrega el actor que, ni su esposa ni él, cuentan con medios económicos para costear el tratamiento de su hijo y menos para asumir un plan complementario de salud.

2. Pretensiones y derechos presuntamente vulnerados.

El actor considera que se le ha vulnerado a su hijo los derechos a la salud y a la vida, debido a la omisión en que ha incurrido la E.P.S. Salud Colmena. Por tanto, solicita se ordene a la E.P.S. Salud Colmena, suministro de los medicamentos y terapias que requiera el menor para su recuperación, además se preste futura rehabilitación.

3. Sentencia que se revisa.

Con fecha del 20 de abril de 2001, el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, decidió negar el reconocimiento de los derechos pretendidos por el actor en favor de su hijo Felipe Higuera Tovar.

Basó su decisión en la Ley 508 de 1999, por medio de la cual se reglamenta el suministro de medicamentos no contemplados en el P.O.S. y, donde se busca salvaguardar la parte financiera del Sistema de Seguridad Social.

Puso de presente algunas sentencias de la Corte Constitucional, donde se dice que el usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago para asumir las prestaciones por fuera del plan obligatorio de salud por sus propios medios. Lo anterior, para sustentar que en el caso del actor, éste no demostró su capacidad económica, ni el valor del medicamento que requiere el menor.

Terminó diciendo, que en el evento en que el actor demuestre fehacientemente su incapacidad económica para asumir el costo adicional, puede acudir a las instituciones públicas prestadoras del servicio de salud o las privadas con las cuales el Estado tenga contrato, en caso contrario, el actor deberá asumir los costos que corresponda de acuerdo con lo que establezca el Consejo Nacional de Seguridad Social.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala Segunda de Revisión es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

La Sala de Revisión debe decidir si la omisión en la entrega de medicamentos excluidos del POS, atenta contra derechos fundamentales, cuando se habla de protección a los niños.

Tercera. Caso concreto. Protección a la salud del niño aunque no se demuestre la incapacidad económica de sus padres.

La Corte Constitucional ha expuesto el tema de la protección que el Estado debe a la salud de los niños, tal como lo menciona en la sentencia T-355 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis, que al referirse a otras sentencias trajo a colación lo siguiente¹:

” ... 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 o 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.”

“De acuerdo con lo establecido en el artículo 49 de la Carta², el derecho a la salud tiene un contenido prestacional, y la ampliación progresiva de su cobertura, hasta alcanzar a todos los miembros de la sociedad, está sujeta a las circunstancias materiales del Estado y al desarrollo legal. Excepcionalmente, adquiere el carácter de fundamental por conexidad; esto sucede cuando de su vulneración se deriva, en forma directa, el desconocimiento de otro derecho de tal naturaleza, como la vida o la dignidad humana.”

No obstante, en el caso de los menores, el derecho a la salud aparece elevado constitucionalmente a la condición de derecho fundamental porque el artículo 44 de la Carta así lo establece: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud...”.

“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.”

El juez de instancia dejó de lado el tema de los niños, sin considerar la Constitución de 1991, que en su artículo 44, eleva a derecho fundamental la salud de los niños; al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se considera importante su protección debido al alto grado de vulnerabilidad a que están expuestos³.

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, es 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. Como referencia se puede tener en cuenta las sentencias SU-043/95, SU-111/97, SU-480/97 y T-670/97, entre otras.

Por otra parte, cabe aclarar que efectivamente existe reglamentación respecto de medicamentos que son excluidos del POS, como el caso de la droga que requiere el menor Felipe Higuera, ampolla TOXIMA BOTULINICA por 100ui, que no esta dentro de la lista 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 del menor, situación en la cual, es posible inaplicar normas que pongan en peligro estos derechos fundamentales, para proteger y prolongar la vida digna del menor⁴.

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.⁵

Así las cosas, el P.O.S. se ha diseñado bajo tales principios y, por tal motivo, de él han sido excluidos algunos procedimientos y medicamentos, de tal suerte que las entidades administradoras del mismo pueden negarse, legítimamente, a prestar los servicios no contemplados en el plan- Artículo 177 de la Ley 100 de 1993-

Sin embargo, la Corte ha sostenido, de manera permanente, que las administradoras deben inaplicar las exclusiones a que se hizo referencia, en aquellos casos en que se cumplan los siguientes requisitos⁶:

“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.”7 Sentencia T-421 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Teniendo en cuenta, las anteriores consideraciones, la Sala entra a revocar la decisión tomada por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, por medio del cual se negaron los derechos a la salud y a la vida del menor Felipe Higuera Tovar. En su lugar, se concede el derecho al suministro del medicamento TOXIMA BOTULINICA, en las unidades establecidas por el médico especialista y por el tiempo que él considere.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido el veinte (20) de abril de dos mil uno (2001), por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Helber Mauricio Higuera Roa en representación de su hijo Felipe Higuera Tovar contra la E.P.S. Salud Colmena Seccional Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo. En consecuencia, se CONCEDE el amparo solicitado por el actor, en los términos de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR a la empresa promotora de salud, Salud Colmena de esta ciudad que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta sentencia, se autorice el suministro al menor Felipe Higuera Tovar de la ampolla TOXIMA BOTULINICA.

Tercero. SEÑALAR que Salud Colmena E.P.S., podrá repetir lo pagado en cumplimiento de la orden contenida en el numeral anterior, en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud FOSYGA.

Cuarto: Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver entre muchas otras las sentencias T-165 de 1995, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa , T-75 de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, SU-819 de 1999, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis, SU-043 de 1995, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, T-153 de 2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

2 Cfr sentencia T-75 de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

3 Ver las siguientes sentencias T-075/96, SU- 225/98, T-236/98, T-286/98, T-453/98, T-514/98, T-556/98, T-784/98, T-796/98, T-046/99, T-117/99, T-119/99, T-093/00, T-153/00, T-610/00, T-622/00, T-1430/00.

4 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.

5 Cfr. Sentencia SU-819/99

6 Ver entre otras las Sentencias T-329/98, T-108/99, T-926/99, T-975/99, T-409/00, T-1027/00, T-1028/00, T-1123/00, T-1166/00, T-1484/00,

7 Sentencia T-300/01.