Sentencia T-970/01

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Prevalencia

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Suministro de hormonas de crecimiento

SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD-Suministro de hormonas de crecimiento y repetición contra el FOSYGA

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-464 775

Acción de tutela instaurada por Amparo Pérez de Herrera contra el Hospital Simón Bolívar III Nivel, Empresa Social del Estado y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D. C.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá D. C., a los diez (10) días del mes de septiembre del año dos mil uno (2001).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por Los juzgados cincuenta y siete (57) Civil Municipal de Bogotá y veintiséis (26) Civil del Circuito de Bogotá.

1. Hechos

La señora AMPARO PEREZ DE HERRERA en su calidad de representante legal del menor LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ, instauró acción de tutela invocando la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, petición, los niños y la salud,

presuntamente vulnerados por el Hospital Simón Bolívar III Nivel, Empresa Social del Estado y la Secretaría de Salud del Distrito Capital.

Manifestó la demandante que aproximadamente desde el 8 de septiembre de 1999, su menor hijo ha sido sometido a tratamiento en el Hospital Simón Bolívar por intermedio del régimen subsidiado de salud -SISBEN-. Que luego de realizar una serie de exámenes para determinar las razones por la cuáles no tenía un crecimiento normal diagnosticó:

"TALLA BAJA HORMONA DE CRECIMIENTO"

Lo cual quiere decir que mi menor hijo de ocho (8) años de edad, tiene la talla de un niño de cinco (5) años y durante todo el tratamiento, es decir dos años y medio (2 ½), el niño creció tan solo 1 ½ cms."

Como consecuencia de lo anterior se le formularon 60 UNIDADES DE HORMONA DE CRECIMIENTO. Sin embargo, cuando trató de procurarse el medicamento prescrito se le dijo que el valor de cada unidad de hormona es de un millón de pesos ($1'000.000.oo) m/cte., ascendiendo el costo total de las unidades prescritas a sesenta millones de pesos ($60'000.000.oo) m/cte. Aseguró carecer de recursos económicos para cubrir el costo de las unidades de hormona recetadas y las entidades tuteladas se han negado a asumir los gastos, con lo cual se vulneran los derechos fundamentales invocados.

La Secretaría Distrital de Salud de la ciudad de Bogotá, presentó informe al juez de tutela de primera instancia en el cual explicó de manera detallada los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y sobre el caso concreto explicó :

"En Bogotá D.C., la Secretaría Distrital de Salud, debidamente Autorizada por el Alcalde Mayor hasta el año de 1998, y las practicadas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, han estudiado 2.653.706 personas a través del instrumento "SISBEN" ; Dentro de las cuales una (1) de ellas se le aplicó a la señora Amparo Pérez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.682.130 de Bogotá, y a su núcleo familiar conformado entre otros por el Menor Luis Enrique Herrera Pérez, el día 15 de Noviembre del 2000, en la Dirección Calle 136 No. 105-03 Costa Azul Tel. 5356334, según ficha No. 481638-1, obteniendo un puntaje de 48 Puntos, clasificando según el acuerdo 005 expedido por el

Consejo Distrital de Seguridad Social en Salud de Bogotá D.C., en el nivel dos (2) de SISBEN. Puntaje que según la normatividad vigente le da el DERECHO A SER ATENDIDO COMO VINCULADO dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, recibiendo un subsidio del 90% del valor total del servicio de salud recibido en las Instituciones de Salud Adscritas a la Secretaría Distrital del Salud, y en las no adscritas con las cuales se tienen Contratos Suscritos con el Fondo Financiero Distrital De Salud ; es decir el Tutelante sólo deberá cancelar el 10% del total de la cuenta, sin exceder el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes- "SMMLV" POR LA ATENCION DE UN MISMO EVENTO AL AÑO. Lo anterior mientras elija libremente a una ARS, en el Mercadeo del mes de Febrero de 2001, en los días del 1 al 28. En cuanto al valor a cancelar ; Exonerarlo de su pago, se estaría ante un presunto delito de Abuso de Autoridad por acto arbitrario o injusto y se estaría tipificando además presuntamente el delito denominado prevaricato por acción. Art. 149, 152 C.P. (Subrayo)."

Así mismo, El Hospital Simón Bolívar III Nivel, Empresa Social del Estado presentó escrito en el cual pone de relieve su imposibilidad de continuar prestando la asistencia que requiere el menor HERRERA PEREZ por cuanto que ya no cuenta con endocrinólogos que presten el servicio.

Y añadió que :

"La Secretaría Distrital de Salud, por ser legalmente responsable en la prestación del servicio de salud de la población sisbenizada, es a quien deben tutelar para obligarla a garantizarle dicho servicio por intermedio de otra I.P.S. (Institución Prestadora de Servicios de Salud, clínica u hospital) que se encuentre dentro de su red y que cuente con dicho medicamento especial."

2. Pretensiones.

De la lectura de la demanda de tutela y los hechos narrados con antelación se desprende que la pretensión de la representante legal del menor HERRERA PEREZ es obtener el suministro de las 60 Unidades de Hormona de Crecimiento prescritas.

3. Pruebas Recaudadas.

* Fotocopia del formato de encuesta de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, correspondiente a la señora AMPARO PEREZ.

* Fotocopia de la hoja de prescripción de medicamentos en la cual se recetan 60 unidades de Hormona de Crecimiento.

* Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Amparo Pérez de Herrera.

* Fotocopia de la Tarjeta de Identificación de Citas del Hospital Simón Bolívar, correspondiente a LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ.

* Fotocopia del derecho de petición radicado por la señora AMPARO PEREZ DE HERRERA ante la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá el 11 de agosto de 2000.

* Fotocopia de la respuesta del derecho de petición por parte del Jefe del Area de Servicios al Vinculado (E) de la Secretaría Distrital de Salud del Distrito.

* Fotocopia de los resultado del RX-CARPOGRAMA realizado a LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ, suscrito por el radiólogo, doctor OSCAR PACHON.

* Fotocopia del registro de nacimiento de LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ.

* Fotocopia de la Historia Clínica de LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ.

3.1. Prueba practicada por la Corte Constitucional.

En atención a las pruebas ordenadas por el despacho en auto del 9 de agosto de 2001, mediante oficio No. 1074 del 16 de agosto JAIME HUMBERTO GARCIA HURTADO en calidad de Gerente del Centro Hospitalario allegó fotocopia simple de la Historia Clínica No. 547965 del menor LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ.

I. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION.

El juzgado 57 Civil Municipal de la ciudad de Bogotá, por intermedio de sentencia del 16 de febrero de 2001 concedió la tutela y ordenó al Hospital Simón Bolívar III Nivel, empresa social del Estado proveer de manera inmediata las unidades de hormona de crecimiento requeridas con posibilidad de repetir contra el Estado. Así mismo, exoneró a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá con base en los siguientes argumentos :

-Es claro que en la jurisprudencia constitucional el derecho fundamental de la salud en los niños es prevalente, incondicional y de protección inmediata, teniendo en cuenta los derroteros trazados en la Sentencia SU-480 de 1997. De tal manera que en el caso concreto el Hospital Simón Bolívar es directo responsable de las prestaciones excluidas del plan obligatorio de salud, y por lo tanto, “tiene la obligación de asumir los procedimientos, intervenciones, medicamentos y demás gastos que demande la persona para la recuperación de su salud”.

– El menor de edad corre el riesgo de no contar con todas las posibilidades para el desarrollo de una vida normal, anteponiendo intereses meramente económicos “a los primordiales que deben abanderar las entidades prestadoras de salud pública o privada en beneficio de las personas que les han confiado la prevención, cuidado y protección de su salud”.

– Exoneró a la Secretaría Distrital de Salud, por cuanto no presta directamente el servicio, sino solamente de la administración y registro de una parte de la población a través del SISBEN.

El Hospital Simón Bolívar presentó la impugnación de la decisión haciendo énfasis en que la obligación de suministro correspondía a la Secretaría Distrital de Salud.

El juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá mediante fallo del 16 de abril de 2001 REVOCO la decisión de primera instancia y denegó la pretensión de la demandante al considerar que en el asunto bajo estudio no existía ningún tipo de vulneración, “pues el hecho de que no se le hayan suministrado las pastillas hormonales para que su crecimiento corporal sea armónico con su edad, en modo alguno le causa un perjuicio actual e inminente que se deba proteger por este especial mecanismo judicial.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, en el expediente de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico planteado.

Corresponde determinar a esta Sala si de conformidad con la normatividad existente y de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, el menor LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ en su calidad de vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tiene derecho a obtener el medicamento que le fuera ordenado por su médico tratante, teniendo en cuenta que el mismo se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

3. Participación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Algunos aspectos legales de los vinculados.

Desde la promulgación de la ley 100 de 1993, se determinó que existían tres tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud : a) afiliados al régimen contributivo, b) afiliados al régimen subsidiado y, c) vinculados.

Este último grupo de participantes la ley de seguridad social lo definió así:

“Art. 157. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(…)

B. Personas vinculadas al Sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derechos a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato en el Estado.”

Dentro del desarrollo de este marco general el decreto reglamentario 806 de 1998 señaló los beneficios que cobijaban a quienes se encontraran en la condición de afiliados al sistema :

“ART.33.- Beneficios de la personas vinculadas al sistema. Mientras se garantiza la afiliación a toda la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado, las personas vinculadas al sistema general de seguridad social en salud, tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes.

Adicionalmente, tendrán derecho a los beneficios otorgados por concepto de accidente de tránsito y eventos catastróficos de conformidad con las definiciones establecidas por el decreto 283 de 1996 o las normas que lo adiciones o modifiquen”.

Las normas anteriores no dejan duda sobre la cobertura que la ley tiene prevista para todos los habitantes del territorio colombiano, incluso durante el periodo que antecede a la afiliación al régimen subsidiado de salud. De esta manera se desarrollan los fines del Estado en general (artículo 2) y los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (artículo 48) consignados en nuestra Carta Política.

1. Derechos fundamentales de los niños en materia de salud.

Esta Corte a través del estudio de diferentes casos en los cuales se encuentran involucrados menores de edad, ha hecho siempre un especial relieve en la prevalencia de los derechos fundamentales de estos por encima de cualquier consideración de orden legal, reglamentario, administrativo o económico.

En el tema concreto de la salud y la seguridad social, dichos derechos fueron reconocidos con carácter de fundamentales sin necesidad de que exista conexidad con otro derecho fundamental, reforzando la previsión constitucional según la cual los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Sobre este particular es importante recordar la sentencia T-640 de 19971:

"Consecuente con lo anterior, considera la Sala que los niños se encuentran dentro del grupo de personas que requiere especial protección del Estado por su condición física y mental que los colocan en circunstancias de debilidad manifiesta y que dicha protección debe extenderse al máximo, de modo que se garantice su desarrollo armónico e integral (C.P., arts 13, inc. final, 44 inciso 2o.) Ello determina que los programas de salud y de seguridad social no solamente deben asegurar : la protección de su vida e integridad física, la creación de un estado óptimo de bienestar general que les proporcione una calidad existencial que les asegure dicho desarrollo, como condición para la realización de sus metas o proyectos de vida, y la rehabilitación funcional y la habilitación profesional que se requiera para que más tarde, cuando sean mayores, puedan ser personas útiles a la sociedad y estar en condiciones de acceder a las fuentes de trabajo que el Estado, según el artículo 54 de la Constitución, está en la obligación de garantizar."

Así que siempre que se encuentren involucrados los derechos fundamentales de un niño, se debe partir del presupuesto ineludible de su prevalencia y de allí comenzar a realizar las demás consideraciones constitucionales y legales a que haya lugar, como se realizará enseguida.

5. Suministro de medicamentos que se encuentran por fuera del P.O.S. Reiteración de jurisprudencia.

En la Corte se ha fallado casos similares relacionados con el suministro de la hormona de crecimiento2 el cual se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), determinando que si bien es cierto no se encuentra en peligro inminente el derecho

fundamental a la vida del infante, si se afecta su calidad de vida, porque la ausencia del tratamiento hormonal hace imposible que su desarrollo físico pueda acercarse a los parámetros normales.

La condiciones de autoestima y dignidad del niño no pueden ser relegadas a un segundo plano concluyendo que la búsqueda de beneficios para que el niño pueda mejorar el nivel de vida, es un tema de poca importancia o que carece de trascendencia desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Recuérdese que desde las primeras proclamaciones derivadas de las revoluciones francesa y americana se incluyen junto a la libertad, la igualdad y la fraternidad, el derecho a la felicidad como una expectativa tanto personal como social. De tal manera que, aunque el perjuicio no tenga el carácter de actual inminente, si puede traducirse en irremediable porque después de una determinada edad, no es posible aumentar la estatura y remediar de manera ideal el atraso en el desarrollo físico.

Pues bien, si en los casos analizados por la Corte Constitucional se consideró procedente la tutela a pesar de que los padres de los menores pertenecían o al régimen contributivo o al régimen subsidiado, tanto mayor es la justificación en el que ahora se estudia, porque la madre del menor HERRERA PEREZ es una persona que si bien se encuentra sisbenizada y clasificada en el nivel 2, no está aún afiliada a una A.R.S., por lo tanto, tiene la calidad de vinculada, lo cual no obsta para que se le preste por el Estado la atención que requiere el menor beneficiario de ésta, de acuerdo a lo señalado al comienzo de estas consideraciones.

La narración hecha en la demanda y los informes presentados por las entidades demandadas, dan cuenta de que efectivamente se le prestó el servicio de seguridad social al niño, lo cual no fue objeto de controversia por parte de la madre del menor. Tampoco mostró objeción alguna de sustraerse de la contribución que por ley le corresponde hacer, esto es, del 10% sin que supere en ningún caso dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. De lo que realmente se duele la demandante es de la negación total de suministrar el medicamento por parte de las entidades involucradas, si se tiene en cuenta que el costo de UN MILLON DE PESOS ($1’000.000) por unidad de hormona de crecimiento, es muy alto, incluso para quienes tienen alguna solvencia económica.

En algunos casos el retraso en el crecimiento puede acarrear otro tipo de consecuencias en la salud del niño, haciendo indispensable el tratamiento hormonal. Sin embargo, puede darse

el caso en que no exista una relación entre el retraso en el desarrollo físico y otros problemas de salud, reduciéndose la situación a que la persona una vez concluido su desarrollo físico, tenga una estatura inferior al del promedio de la población.

En aras de determinar la anterior situación, esta Corporación solicitó al señor Director del Hospital Simón Bolívar III Nivel, Empresa Social del Estado de la ciudad de Bogotá D.C., que informara acerca de las consecuencias físicas y psíquicas en la salud del menor LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ si no se proporcionaba el tratamiento hormonal. Dicha información no fue posible obtenerla, toda vez que, el doctor HERNAN YUPANQUI que había ordenado el tratamiento y seguido el desarrollo de las patologías del menor desde agosto de 1999, en la actualidad ya no está trabajando en la institución requerida. Así mismo, la entidad hospitalaria en la actualidad no cuenta con el servicio de endocrinología y solamente se nos envió fotocopia de la historia clínica del menor HERRERA PEREZ.

No obstante lo anterior, en la historia clínica del menor afectado se indicó que además del problema de baja estatura, presentaba de manera crónica problemas de salud relacionados con rinitis alérgica y desnutrición. Adicionalmente, en la historia clínica se descarta una causa hereditaria o generacional relacionada con la baja estatura al comprobarse la inexistencia de casos similares en los padres o familiares, concluyendo que el déficit hormonal y, por ende, la baja estatura del menor es una patología, es decir, no es normal.

Es suficiente esta exposición para revocar la decisión de segunda instancia y en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social del niño LUIS ENRIQUE HERRERA PEREZ, aclarando que al contrario de lo determinado por el juez de primera instancia, la responsabilidad del suministro del medicamento sí se encuentra en cabeza de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá quien es la llamada a garantizar el servicio de salud de los vinculados al sistema, a través de la contratación con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, bien sean públicas o privadas, sin perjuicio de su derecho a reclamar ante el FOSYGA los gastos asumidos en el suministro de las unidades de hormona prescritas.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Civil del Circuito de Bogotá el 16 de abril de 2001, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, CONCEDER la tutela impetrada por Amparo Pérez de Herrera contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, para proteger los derechos a la salud y a la seguridad social de su menor hijo Luis Enrique Herrera Pérez.

Segundo. ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas contados a partir de la notificación del presente fallo, realice las gestiones pertinentes para suministrar al menor Luis Enrique Herrera Pérez las hormonas de crecimiento ordenadas por su médico, ya sea directamente o a través de alguna entidad con la que tenga suscrito contrato para tal efecto.

Tercero. SEÑALAR que a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, le asiste el derecho de reclamar al FOSYGA los gastos asumidos en el suministro de las unidades de hormona de crecimiento prescritas, sólo en el evento de no disponer de recursos a los cuales pueda imputar legalmente dicha erogación.

Cuarto. Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Pronunciamiento unificado de la Corte sobre la seguridad social de los niños cfr. sentencia SU-225 de 1998.

2 Sentencias T-442 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-421 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.