

Sentencia T-1083/03

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos no contemplados en el POS

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia en caso de suministro de medicamento/ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia cuando se cuestionan hechos diferentes y se demanda a personas distintas

Una acción de tutela es temeraria cuando (i) sin motivo expresamente justificado (ii) se ha presentado por lo menos ante un despacho judicial más la misma acción de tutela, es decir, cuando (a) la misma persona, o su representante, (b) ha acusado a la misma entidad o persona, (c) de haber violado los mismos derechos fundamentales, (d) con base en los mismos hechos o razones. Mientras en el proceso de acción de tutela de la referencia se cuestiona la decisión de Caprecom EPS de haber cambiado el medicamento originalmente recetado por el médico tratante, en la acción de tutela interpuesta ante el Tribunal Superior se demandó a un despacho judicial (el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla) por considerar que había incurrido en una vía de hecho al revocar la decisión adoptada por su inferior jerárquico al resolver un incidente por desacato. Claramente se trata de asuntos que si bien se relacionan entre sí, por cuanto versan sobre situaciones fácticas relacionadas, se trata de acciones distintas, dirigidas contra personas diferentes, con base en argumentos y razones particulares para cada caso. Por lo tanto, esta otra acción de tutela tampoco implica que en el presente caso demandante haya incurrido en una actuación temeraria.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Protección constitucional

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Procedimiento para cambiar a un paciente los medicamentos recetados originalmente por el médico tratante

Pueden concluirse las siguientes reglas: 1) La decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del plan obligatorio de salud, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario. 2) Una EPS o una ARS pueden reemplazar un medicamento comercial a un paciente con su versión genérica siempre y cuando se conserven los criterios de (i) calidad,

(ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. 3) En virtud de la protección a los derechos del paciente, los cambios de medicamentos o tratamiento que se desee hacer en un caso específico, deben fundarse en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.

CAPRECOM-Reemplazo de medicamento/DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos

En el presente caso Caprecom EPS desconoció los derechos del paciente Aníbal Barrios Reales por cuanto modificó los medicamentos que le había recetado quien fuera su médico tratante sin que su decisión se hubiese fundado en la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad que conocieran en detalle la historia clínica del paciente (esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el accionante). En este caso se remplazaron los medicamentos comerciales originalmente recetados por su médico tratante con su versión genérica, sin haber verificado previamente que se conservaran los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente, de acuerdo con lo dispuesto por el Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS (art. 4°). Ahora bien, en el presente caso la omisión en la que incurrió Caprecom EPS es aún más grave por cuanto se trata del delicado estado de salud de una persona de la tercera edad que sufre graves dolencias. No constituyen actuaciones temerarias las acciones emprendidas por el demandante con la ayuda de su hijo, Aníbal Barrios Parra, para defender sus derechos como paciente. En cambio sí conlleva una grave omisión el que una entidad dedicada a prestar el servicio de salud someta a una persona de más de 90 años a tener que emprender todo tipo de acciones judiciales, para que se cumplan y respeten las garantías constitucionales que le son reconocidas.

REGULACION NORMATIVA-Vacío en el tema de conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico

Actualmente ni se ha llenado el vacío normativo que refiere al procedimiento que debe seguirse en caso de discrepar la opinión del médico tratante y con la del Comité Técnico Científico, ni existe proyecto alguno para hacerlo. En efecto, la intervención gubernamental sostiene que “ante la falta de reglamentación” comparte lo dispuesto por la jurisprudencia

constitucional al respecto. La Corte reitera la necesidad de que los órganos encargados de regular, controlar y vigilar el sector Salud se ocupen de llenar los vacíos existentes en la regulación, como por ejemplo, aquel ya advertido por la jurisprudencia constitucional y ratificado ahora por la dependencia encargada de tales asuntos en el Ministerio de la Protección Social. No puede entonces el Ministerio de la Protección Social, y los demás órganos encargados de regular el sector, conformarse con señalar que la jurisprudencia constitucional ha establecido temporalmente un parámetro para resolver los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico, es preciso que se llene el vacío normativo de acuerdo a los procedimientos constitucionales establecidos para ello.

Referencia: expediente T-687665

Acción de tutela instaurada por Aníbal Barrios Reales contra el Instituto de Medicina Legal, y la Caja de Previsión de Comunicaciones CAPRECOM.

Temas:

- Suministro de medicamentos no contemplados por el Plan Obligatorio de Salud
- El derecho a la salud de las personas de la tercera edad
- Procedimiento para cambiar a un paciente los medicamentos recetados originalmente por quien fuera el médico tratante

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., trece (13) de noviembre de dos mil tres (2003).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Aníbal Barrios Reales contra el Instituto de Medicina Legal, y la Caja de Previsión de Comunicaciones CAPRECOM.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Aníbal Barrios Reales presentó el 23 de agosto de 2002 acción de tutela contra el Instituto de Medicina Legal, y la Caja de Previsión de Comunicaciones Caprecom, por cuanto aquél profirió una decisión “inconsulta y abusiva” con base en la cual ésta, Caprecom, continúa omitiendo su deber de suministrarle los medicamentos ordenados por el médico tratante, dándole en su lugar “los medicamentos genéricos equivalentes a los recetados”. El accionante considera que las actuaciones de las entidades demandadas vulneran sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, por lo que solicita que se ordene a la entidad en cuestión continuar suministrando los medicamentos ordenados por el médico tratante. Los hechos que sirven de fundamento al amparo solicitado fueron los siguientes:

1.1. El doctor Rafael Tatis Cabarcas, médico urólogo de Caprecom, le diagnosticó “cáncer metastático de próstata” el 28 de mayo de 1997 al señor Aníbal Barrios Reales, quien se encuentra afiliado a Caprecom EPS.

1.2. Como tratamiento para controlar el avance de la enfermedad, el urólogo Tatis Cabarcas le recetó la droga Lupron Depot, 3.75mgs ampollas, y Casodex, tabletas 150mgs, para ser administrada en dosis mensuales indefinidamente.

1.3. La droga le fue suministrada mensualmente de acuerdo a lo dispuesto por el urólogo, hasta que Caprecom dejó de hacerlo, lo que llevó al señor Aníbal Barrios Reales a interponer una acción de tutela en contra de Caprecom por desconocer sus derechos a la vida y a la salud. El Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla tuteló los derechos a la vida y a la salud del señor Barrios Reales en sentencia proferida el 19 de diciembre de 1997, conminando a Caprecom para que en ningún caso vuelva a omitir suministrar oportunamente los medicamentos que le sean ordenados, porque de ser así se le impondrían las sanciones

previstas en el Decreto 2591 de 1991.”

1.4. Alega el accionante en su demanda que la respuesta de Caprecom a la decisión judicial “(...) fue entregar los medicamentos inoportuna y extemporáneamente, causando con su accionar graves estragos a la salud y vida de mi persona.” Adicionalmente, señala, Caprecom decidió cambiar “abrupta e intempestivamente” los medicamentos originalmente recetados (Lupron Depot, 3.75mgs ampollas, y Casodex, tabletas 150mgs) por otros diferentes (Decapetyl ampollas y Lutamidal tabletas [Bicalutamida]).

1.5. El señor Barrios Reales inició un incidente por desacato, el cual fue fallado a su favor el 15 de julio de 2002 por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla, sancionando al Director de Caprecom, Saul Orozco Gallardo, con multa y arresto, y conminándolo nuevamente a satisfacer plenamente la orden impartida por el juez de tutela.

1.6. La providencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla fue a consulta ante su Superior, el Juzgado Segundo Penal del Circuito, el cual, previo concepto del Instituto de Medicina Legal acerca de las diferencias entre los medicamentos ofrecidos por Caprecom y los recetados por el médico tratante, decidió revocar la decisión del Juzgado Tercero Penal Municipal, ordenando a su vez la entrega de medicinas genéricas.

1.7. El accionante, quien afirma que las drogas inicialmente recetadas habían tenido “excelentes resultados en el tratamiento y recuperación de su enfermedad”, sostiene que “como efectos al cambio de los medicamentos autorizados por el médico tratante, (...) sufrí la enfermedad de hepatitis tóxica, tal cual lo certifica mi médico tratante, doctor Rafael Tatis.”

1.8. El señor Aníbal Barrios Reales, quien tiene 92 años de edad, actualmente no recibe las drogas originalmente suministradas por su médico tratante.

2. Demanda y solicitud

Aníbal Barrios Reales considera que las entidades demandadas han violado sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, en la medida que las decisiones adoptadas han puesto en riesgo su salud y su vida.

Alega que “(l)os medicamentos autorizados para utilizar en el tratamiento de la enfermedad

catastrófica que padezco Lupron Depot y Casodex tabletas fueron autorizados por quien siempre ha sido mi médico tratante, doctor Rafael Tatis, quien prestó servicios a Caprecom alrededor de 20 años, en cambio la mencionada empresa prestadora de salud pretende cambiármelos abrupta e intempestivamente sin mediar concepto médico, lo cual pone en grave riesgo mi salud y mi vida.”

En consecuencia, solicita que se ordene al Instituto de Medicina Legal, Seccional Atlántico “dejar sin efecto su decisión calendada a través de oficio 0700, 02 CSF del 6 de agosto de 2002 suscrito por el Coordinador General de la Regional del Norte, Eddie González Berdugo, por ser inconsulta y abusiva lo cual pone en graves riesgos mi salud y mi vida.” Igualmente, solicita que se “obligue a Caprecom a suministrarme los medicamentos autorizados por mi médico tratante, Lupron Depot y Casodex, así como se prevenga a Caprecom para que en ningún caso vuelva a incurrir en acciones u omisiones en suministro de tratamientos y medicamentos que me prescriban mis médicos tratantes.”

3. Participación de Caprecom EPS dentro del proceso, respuesta del accionante y pruebas practicadas por el juez de instancia

3.1. Saul Orozco Gallardo, Director Territorial Atlántico de Caprecom EPS, solicitó al Juez Once Civil del Circuito de Barranquilla, despacho al cual le correspondió conocer la presente acción de tutela, que declarara la improcedencia de la misma, con fundamento en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, por cuanto “ya existe fallo de tutela por los mismos hechos y derechos” (proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla el 19 de diciembre de 1997). Asimismo, se alegó, “por vía de tutela no puede dejarse sin efecto el experticio rendido por un forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la oportunidad de controvertir esa prueba, precluyó para el accionante.”

“Me permito aclararle señor Juez que mi actitud en ningún caso temeraria, ni es repetitiva, de los anteriores acontecimientos, que motivaron que el Juzgado Tercero Penal protegiera mi derecho a la vida y a la salud, son contrariamente diferentes, no son los mismos hechos, ni es la misma tutela, por cuanto aquella sabiamente protegió mis derechos a la vida y a la salud y éste amparo que estoy presentando a su señoría es para que me proteja en el suministro oportuno y a cabalidad de los medicamentos (Lupron Depot y Casodex) los cuales han sido de valiosa sanción para sobrellevar la enfermedad que padezco durante años, y que

ahora mediante absurda interpretación, me pretenden arrebatarse.”

3.3. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Norte, remitió copia del concepto emitido al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla con relación a la diferencia entre la droga originalmente recetada al paciente y la genérica suministrada posteriormente. La entidad sostuvo adicionalmente lo siguiente,

“Asimismo le sugerimos que se le oficie al INVIMA para que emita un concepto sobre estos medicamentos; ya que como lo dijimos anteriormente si tienen licencia de esta institución para su comercialización es porque entre ellos la dosis terapéutica. (sic) Estos estándares de calidad se basan en estudios científicos de los laboratorios productores.

En la documentación de la Tutela, se mencionaba la insistencia del médico tratante por el uso del medicamento comercial y no el genérico, por lo que sugerimos a la autoridad se oficie a este médico para que aporte los estudios científicos y la casuística que tenga para avalar su concepto de la ineficacia de los genéricos.” (acento fuera del texto)

4. Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla consideró que la actuación del demandante configuraba un actuación temeraria, por lo que resolvió darle aplicación al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 y resolver en forma desfavorable las peticiones del accionante. La providencia del 6 de septiembre de 2002 se fundó en las siguientes consideraciones,

“Estudiados en detalle los fundamentos esbozados por el accionante en apoyo a sus pretensiones y las defensas esgrimidas por los entes enjuiciados, el juzgado observa que el aquí accionante ya había interpuesto la misma acción ante el Juzgado Tercero Penal Municipal, por los mismos hechos, circunstancia esta que nos lleva a darle aplicación al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, norma que regula la actuación temeraria.

En razón de lo antes expresado, el juzgado no le queda otra alternativa que despachar en forma desfavorable todas sus pretensiones (...)”

5. Pruebas solicitadas por la Sala de Revisión

5.1. El Médico Forense Eddie González Berdugo participó en nombre del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, regional Norte, informando "(...) que en el concepto emitido mediante Oficio 0700-02-CSF, se tuvo en cuenta la documentación enviada por la autoridad, que contenía apartes de la historia clínica (no historia clínica completa) también contenían entre otros auditoria médica realizada por el médico encargado de esa parte en Caprecom, informando la efectividad de los medicamentos genéricos, certificación del médico tratante donde asegura solamente que el paciente requiere el uso de los medicamentos de marca comercial pero sin la evidencia científica que demuestra su certificación, fórmulas médicas; además se investigó en bibliografía farmacológica la acción del principio activo de los medicamentos y se mencionó además en la respuesta que los medicamentos ordenados por una EPS y entregados a un paciente deben tener un número de registro expedido por el INVIMA, que es la entidad que vigila la calidad de los alimentos y medicamentos en este país y que por lógica debe entenderse que si otorgan una licencia para su comercialización es porque ha cumplido con todos los estándares de calidad impuestos por esta entidad, entre ellos su efectividad terapéutica."

El Médico forense advierte que si "(...) el médico tratante se opone a la aplicación de medicamentos genéricos en su paciente es porque debe tener una estadística clara y demostrable de su ineffectividad en los pacientes tratados por él; debemos aclarar que no somos los médicos tratantes de este paciente y por tanto no hemos realizado seguimiento a él para manifestarnos sobre si específicamente en su caso los medicamentos genéricos o los de marca comercial son efectivos o no; repetimos que esto lo debe manifestar el médico tratante, quien al observar que su paciente no mejora con los tratamientos genéricos debe justificar ante la entidad respectiva (Caprecom), el uso de otro medicamento, es decir, basándose en evidencia médica que lo demuestre y no simplemente en la posibilidad de que pueda suceder o no. (...)"

El Instituto insiste nuevamente en que se solicite un concepto al INVIMA y finalmente reitera que "(...) a pesar de basar nuestro concepto en toda la información disponible, este es un concepto de lo que en teoría debería suceder, pero si esto sucede o no en la práctica, la máxima autoridad para juzgar esto es el médico tratante, por lo tanto su concepto fundamentado adecuadamente debería primar sobre el concepto forense y aún sobre el concepto de la junta de aprobación de medicamentos de la EPS."

5.2. Por su parte Caprecom señaló que el señor Aníbal Barrios Parra no ha permitido que su padre, el señor Aníbal Barrios Reales sea revisado por médicos adscritos a su red de servicios periódicamente para su valoración y tratamiento, sino que pretende que el paciente sea atendido por un médico que no pertenece a la red.

Saul Orozco Gallardo, Director Territorial Atlántico de Caprecom EPS, señaló que el “Juez Segundo Penal del Circuito en vista del testimonio del doctor Rafael Tatis Cabarcas que no es médico de nuestra red, en cuanto a la supuesta hepatitis tóxica del señor Barrios Reales y a la duda de la efectividad de las drogas para el tratamiento del paciente en mención, consulta al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien le responde según oficio 0700-02-CSF que tanto los medicamentos Acetato de Leuprolide cuyo nombre comercial es Lupron y la Bicalutamida cuyo nombre comercial es Casodex tienen el mismo efecto terapéutico y cumplen con la dosificación establecida en el INVIMA, máximo órgano rector de regulación de medicamentos en el país, pero la Ley 100 de 1993 reconoce que las personas con el plan obligatorio de salud (POS) como es el caso del paciente Aníbal Barrios Reales se les suministrará los medicamentos genéricos conforme lo estipula el Acuerdo N° 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o en su defecto los autorizados por el Comité Técnico Científico de cada EPS según lo normatizado en la resolución N° 05061 de 1997 emanada del Ministerio de Salud Pública, ya que se comprueba en el folio 8° de este oficio que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses conceptúa que tanto el medicamento comercial como el genérico tienen la misma acción terapéutica y la Ley 100 de 1993 reconoce medicamentos genéricos porque son más económicos e igualmente efectivos, ya que los medicamentos comerciales son más caros y se violaría el principio de economía y efectividad consagrados en la Ley 100 de 1993.”

En su comunicación, el representante de Caprecom sostiene que cuando se le da cita médica para que sea atendido por uno de nuestros especialistas de nuestra red de servicios de salud, se ha negado a recibir la orden y por consiguiente a cumplir con el numeral 4° del artículo N° 159 y artículo 162 de la Ley 100 de 1993, tal como lo certifica el Dr. Boris Rojano Salazar -Jefe División IPS y EPS de esta ciudad (...) Por lo tanto, le compruebo que se acató la orden médica de suministrar los medicamentos genéricos cuyo efecto terapéutico son iguales a los medicamentos comerciales conceptuado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y por los doctores Juan Gutiérrez de la Clínica Renal de la Costa y Claudio Crespo médico de planta de Caprecom EPS, éstos son los médicos tratantes del paciente Aníbal

Barrios Reales, lo anterior ratificado en los fallos proferidos por los Juzgados Segundo Civil del Circuito, Once Civil del Circuito y el honorable Tribunal del Distrito Judicial – Sala Penal (...).” Con base en lo anterior, se afirma que nunca se ha desconocido algún orden de un médico tratante adscrito a Caprecom.

Con relación a la pregunta de cuál fue el procedimiento que se adelantó para decidir que al paciente no le suministrarían las drogas comerciales que originalmente le fueron recetadas, sino las genéricas, se dijo lo siguiente: “(...) la respuesta es, basado en el numeral 4° del artículo 159 y artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y ratificados por los jueces Segundo Civil del Circuito, Once Civil del Circuito y los Honorables Magistrados del distrito Judicial – Sala Penal.”

5.3. La Sala de Revisión solicitó al Ministerio de la Protección Social que indicara cuál es el procedimiento que existe para resolver los conflictos existentes entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico. La Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, informó a esta Corporación, mediante escrito, en los siguientes términos,

“Mediante la Resolución 05061 de 1997, se reglamentó entre otros, la integración, funciones, elección de los representantes y procedimientos para las autorizaciones, de los Comités Técnicos Científicos, dentro de las Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Ahora bien, en relación concreta con el asunto en consulta, se tiene que en la Revista Jurisprudencia y Doctrina de Legis, del mes de Agosto de 2002, Página 1790, se transcriben algunos apartes de la sentencia T-344 de mayo 9 de 2002, Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa de la Sala Tercera de Revisión de la Honorable Corte Constitucional que dice:

(...)

(...) El comité técnico científico, pese a su nombre, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico. No se trata por ejemplo de un grupo de médicos que tiene como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del POS. La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del comité sea médico muestra

que se trata de un tribunal profesional interno de la EPS en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud.'

Así las cosas, y ante la falta de reglamentación al respecto, esta Oficina comparte lo expresado por la jurisprudencia transcrita, en el sentido de señalar que ante la presencia de una controversia entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico, en especial en cuanto a cuál debe ser el medicamento o el tratamiento que se debe brindar a un paciente, prevalezca el concepto del médico tratante sobre el del comité."

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

En el presente proceso debe la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional revisar la sentencia dictada por el Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso de acción de tutela instaurada por Aníbal Barrios Reales contra Caprecom EPS y el Instituto Nacional de Medicina Legal. En su fallo, el Juzgado resolvió "en forma desfavorable las peticiones del accionante por ser una actuación temeraria", en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991. Esta norma establece que "(c)uando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o por su representante ante varios jueces y tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes. (...)"

Debe entonces la Sala, en primer lugar, establecer si le asiste la razón o no al juez de instancia cuando cataloga la presente acción de tutela como una "actuación temeraria". En caso de que así sea, corresponderá a esta la Sala de Revisión reiterar lo dispuesto por el fallo de instancia, de lo contrario, deberá considerar el caso de fondo.

1. Inexistencia de "actuación temeraria" cuando se cuestionan hechos diferentes y se demanda a personas distintas

1.1. Una acción de tutela es temeraria cuando (i) sin motivo expresamente justificado (ii) se ha presentado por lo menos ante un despacho judicial más la misma acción de tutela, es decir, cuando (a) la misma persona, o su representante, (b) ha acusado a la misma entidad o

persona, (c) de haber violado los mismos derechos fundamentales, (d) con base en los mismos hechos o razones. Debe entonces verificarse si la presente acción de tutela ya fue interpuesta por Aníbal Barrios Reales, y en tal caso, establecer que no existiera un “motivo expresamente justificado” para haberlo hecho.

1.2. Según el Juzgado Once Civil del Circuito, Aníbal Barrios Reales “(...) ya había interpuesto la misma acción ante el Juzgado Tercero Penal Municipal, por los mismos hechos, circunstancia esta que nos lleva a darle aplicación al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.”

Sin embargo, una mera comparación de los dos procesos muestra que se trata de acciones de tutela claramente diferentes.

Mientras que en la tutela instaurada en 1997 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal Aníbal Barrios Reales acusó a Caprecom de haber violado sus derechos a la vida y a la salud, por haberle dejado de suministrar la droga ordenada por su médico tratante, en la presente acción de tutela Aníbal Barrios Reales acusa al Instituto Nacional de Medicina Legal de haber proferido una decisión “inconsulta y abusiva” que ha servido de base para que Caprecom EPS, la otra entidad demandada, siga omitiendo su obligación de suministrarle los medicamentos que originalmente le recetó su médico tratante y se empeñe en seguir ofreciendo otros distintos de menor calidad.

Así pues, mientras que en la primera de las acciones de tutela el accionante demandó a la EPS que le presta el servicio de salud para que reanudara el suministro de los medicamentos que le había recetado su médico tratante, en la segunda acción de tutela demandó a la EPS por haber cambiado los medicamentos originalmente formulados y al Instituto Nacional de Medicina Legal por haber avalado dicho cambio. Por lo tanto, es claro que Aníbal Barrios Reales no incurrió en una actuación temeraria.

1.3. De acuerdo a las pruebas y documentos contenidos en el expediente, la Corte pudo establecer la existencia de otra acción de tutela que también fue instaurada por Aníbal Barrios Reales a propósito de asuntos relacionados con los hechos que se tratan en el presente proceso. No obstante, luego de revisar en qué consistió dicha acción y cuáles fueron las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, se concluye que se trató de un proceso diferente y por lo tanto, tampoco implica una actuación temeraria. A continuación se resume este otro proceso de acción de tutela.

1.3.1. El Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla resolvió tutelar el derecho fundamental a la vida y a la salud de Aníbal Barrios Reales y prevenir a Caprecom para que no volviera a incurrir en dicha omisión. Luego, unilateralmente, Caprecom EPS resolvió suministrar los medicamentos genéricos equivalentes a los originalmente recetados, lo que llevó al accionante a iniciar un incidente de desacato.

1.3.2. El Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla consideró que sí se había desconocido la orden impartida en la sentencia de tutela en 1997, por cuanto se estaban suministrando medicamentos diferentes a los dispuestos por el médico tratante; el Juzgado resolvió sancionar al Director de Caprecom.

Posteriormente, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, superior jerárquico al que le correspondió establecer en sede de consulta la legalidad de la sanción impuesta por el juez de primera instancia, en virtud del desacato, revocó la sanción impuesta por considerar que Caprecom no había desconocido la orden del fallo de tutela. En efecto, teniendo de presente que la sentencia de tutela había condenado a Caprecom a no dejar de suministrar los medicamentos “que le sean ordenados al señor Aníbal Barrios Reales, por médico adscrito a dicha EPS (Caprecom)”, no se puede hablar de desacato. Si bien en 1997 los medicamentos “ordenados” por un médico adscrito a la EPS son los que específicamente demanda el accionante, para la fecha en la que se estudió el desacato, los medicamentos ordenados por médico adscrito a la EPS eran otros. Así pues, se consideró que Caprecom EPS no incurrió en desacato a la sentencia del Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla al negarse a suministrar los medicamentos que un médico no adscrito a la EPS recomienda, en lugar de los recetados por médicos que sí están adscritos a Caprecom EPS.¹

1.3.3. Aníbal Barrios Reales decidió presentar acción de tutela contra el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, por considerar que la decisión de revocar la providencia mediante la cual se había sancionado a Caprecom constituía una vía de hecho. La Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en primera instancia, resolvió negar el amparo solicitado por cuanto (1) la actuación judicial acusada es “innegablemente de carácter judicial y no es posible que el juez constitucional entre a revalorar argumentos” y (2) por cuanto no se incurrió en una vía de hecho “al no haber errores lógicos, sustantivos o procedimentales”. El fallo de primera instancia fue confirmado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, reiterando las razones del Tribunal Superior. El

expediente se remitió a la Corte Constitucional (radicación T-706791) pero no fue seleccionado para su revisión.

1.3.4. En resumen, mientras en el proceso de acción de tutela de la referencia se cuestiona la decisión de Caprecom EPS de haber cambiado el medicamento originalmente recetado por el médico tratante, en la acción de tutela interpuesta ante el Tribunal Superior de Barranquilla se demandó a un despacho judicial (el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla) por considerar que había incurrido en una vía de hecho al revocar la decisión adoptada por su inferior jerárquico al resolver un incidente por desacato. Claramente se trata de asuntos que si bien se relacionan entre sí, por cuanto versan sobre situaciones fácticas relacionadas, se trata de acciones distintas, dirigidas contra personas diferentes, con base en argumentos y razones particulares para cada caso. Por lo tanto, esta otra acción de tutela tampoco implica que en el presente caso Aníbal Barrios Reales haya incurrido en una actuación temeraria.

2. Procedencia de la acción de tutela y protección constitucional de los derechos de las personas de la tercera edad

2.1 El mandato constitucional que demanda del Estado una especial protección para las personas de la tercera edad ha sido materializado de diferentes formas. La Corte ha considerado que “(...) la acción de tutela como el mecanismo judicial idóneo para garantizar la efectividad de los derechos de las personas de la tercera edad.”² De esta forma se ha desarrollado un extensa jurisprudencia constitucional al respecto, que ha servido para precisar el alcance de los derechos de este grupo de personas. La Corte, por ejemplo, ha adoptado las siguientes decisiones.

(i) Protección especial para el cobro de deudas, cuando de éstas depende el goce efectivo de los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad. Con base en la protección a los derechos a la vida y a la salud, se ha ordenado al Gerente Liquidador de una entidad financiera reintegrarle a un accionante el dinero que a la fecha se encuentra depositado en su cuenta de ahorros, con los respectivos intereses, para que puedan tener lugar de manera oportuna y cierta la realización de los exámenes y tratamientos médicos que requiere.³ Recientemente, en la sentencia T-847 de 2003 se reiteró la jurisprudencia en el sentido que “(...) cuando se trata de personas de la tercera edad, la jurisprudencia ha establecido una

presunción de afectación del mínimo vital por la suspensión prolongada del pago de las mesadas pensionales, que puede ser desvirtuada por quien está obligado al pago de ellas. Según dicha presunción, la ausencia de pago de las pensiones pone en peligro el mínimo vital de jubilados que no se encuentran en condiciones de ingresar al mercado del trabajo y que, generalmente, derivan su sustento de manera exclusiva de la mesada.⁴ || No obstante, cuando se alega la afectación del mínimo vital por la suspensión del pago de otras obligaciones laborales, no existe una presunción similar a la establecida para el caso de los pensionados. En esos eventos, la Corte verifica si el actor ha acompañado su afirmación con alguna prueba que muestre la veracidad de su dicho y el alcance de esa afectación. Cuando la prueba de la urgencia de la medida que deba adoptar el juez de tutela para restablecer el derecho no es aportada por el demandante o no existe evidencia que muestre mínimamente la gravedad de la afectación del mínimo vital, la tutela ha sido declarada improcedente.⁵ ”⁶

(ii) Se reconoce el carácter de fundamental del derecho a la seguridad social de una persona de la tercera edad, cuando se afectan las condiciones de una vida digna. Se ha considerado que la seguridad social de las personas de la tercera edad es fundamental cuando se encuentran en juego las condiciones básicas para poder desarrollar un vida digna, como cuando una entidad se niega a suministrarle pañales a una persona que no tiene control de esfínteres.⁷

(iii) Protección especial para el reconocimiento de derechos civiles, así como para su ejercicio y defensa. La jurisprudencia constitucional, en protección de personas de la tercera edad, les ha reconocido derechos civiles y ha ordenado a las autoridades oficiales que, de oficio, representen y defiendan esos derechos, teniendo incluso el deber, en caso de ser necesario, de instaurar las respectivas acciones judiciales.⁸

(iv) Protección especial, con relación a la exigencia de requisitos procesales para el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad, reglas especiales en caso de inobservancia. En la sentencia T-789 de 2003 la Corte consideró que “(...) tratándose de una persona de avanzada edad, los organismos judiciales y demás autoridades están en la obligación constitucional de proteger sus derechos, y en particular su derecho fundamental al mínimo vital, con especial celo y diligencia, sin oponer requisitos de tipo formal como obstáculo para cumplir con tal deber. En esa medida, la mera remisión de la peticionaria a la jurisdicción contencioso-administrativa por parte de los jueces de tutela

desconoce su condición de sujeto de especial protección constitucional, pues conlleva someter a una mujer de setenta y nueve años de edad a las cargas procesales, personales y temporales que implica adelantar un proceso judicial contencioso-administrativo. Por lo mismo, debió haberse estudiado la procedencia de la acción de tutela de la referencia en tanto mecanismo transitorio para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable para la actora, consistente en la privación de los únicos ingresos con los que cuenta para satisfacer sus necesidades más básicas de sustento y salud.”⁹

2.2. Concretamente con relación al derecho a la salud, la Corte ha reconocido que cuando se trata de personas de la tercera edad que tienen, como en el presente caso, una edad avanzada (más de 90 años) y un muy delicado estado de salud, el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental.¹⁰

2.3. Concluye entonces la sala de Revisión que la acción de tutela es el medio judicial idóneo para que Aníbal Barrios Reales reclame la protección de sus derechos fundamentales en el proceso de la referencia.

3. Derechos fundamentales invocados y el problema jurídico a resolver

3.1. Antes de definir el problema jurídico, recuerda la Sala que la jurisprudencia constitucional ha señalado que es deber del juez de tutela extender el análisis del caso concreto a todo derecho fundamental que pueda ser vulnerado, así éste no haya sido invocado explícitamente por el accionante. Así, recientemente en la sentencia T-059 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se consideró que “(...) si bien el actor sólo invoca la protección del derecho de petición, del escrito de presentación de la tutela se infiere que su pretensión está enfocada a obtener algo más que la orden judicial para que la entidad accionada responda su solicitud de pensión de jubilación.¹¹ Por tal motivo, esta Sala de Revisión, en aplicación de los artículos 3 y 14 del Decreto 2591 de 1991 y dada la informalidad de la acción de tutela, analizará la eventual vulneración de otros derechos fundamentales del accionante pues, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte,¹² el juez de tutela tiene la obligación de proteger todos los derechos que de conformidad con las pruebas aportadas dentro del proceso encuentra vulnerados” ¹³ (acento fuera del texto). La jurisprudencia de la Corte ha señalado que “(...) si el juez encuentra afectados derechos no invocados por el petente, no sólo puede sino que debe referirse a ellos en su sentencia y decidir lo pertinente,

impartiendo las órdenes necesarias para su cabal y plena defensa. De tal empeño depende la eficacia de la acción y el consiguiente imperio de los mandatos constitucionales. (...) La demanda de tutela es, entonces, apenas el aviso, la alerta dada al juez acerca de que los derechos fundamentales de alguien están siendo desconocidos o amenazados, por lo cual, a partir de ella, tiene la responsabilidad de esclarecer los hechos y de adoptar las providencias oportunas que los preceptos constitucionales exigen” (sentencia T-463 de 1996; M.P. José Gregorio Hernández Galindo)¹⁴ En lo que respecta a la Corte, esta también puede delimitar a ciertos derechos el ámbito de la revisión.

3.2. En el presente caso la acción de tutela invoca la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud, sin embargo, en los alegatos presentados por el señor Aníbal Barrios Reales es claro que éste también reclama la protección de su derecho al debido proceso, pues considera que Caprecom EPS ha tomado decisiones arbitrarias que han afectado sus derechos fundamentales. Dice el señor Barrios Reales,

“Como efectos al cambio de los medicamentos Lupron Depot y Casodex tabletas, por otros los cuales cambio “abrupta e intempestivamente” Caprecom por otros medicamentos tales como Decapetyl ampollas, y Lutamidal tabletas (Bicalutamida), sufrí la enfermedad de Hepatitis tóxica, tal cual lo certifica mi médico tratante, Doctor Rafael Tatis.

Los medicamentos autorizados para utilizar en el tratamiento de la enfermedad catastrófica que padezco Lupron Depot y Casodex tabletas fueron autorizados por quien siempre ha sido mi médico tratante, Doctor Rafael Tatis, quien prestó servicios a Caprecom alrededor de 20 años, en cambio la mencionada empresa prestadora de salud pretende cambiármelos abruptamente e intempestivamente sin mediar concepto médico, lo cual pone en grave riesgo la salud y mi vida.”

3.3. Debe entonces la Sala de Revisión entrar a resolver el siguiente problema jurídico: ¿Desconoce una entidad que presta el servicio de salud los derechos a la vida, la salud y el debido proceso de uno de sus pacientes, al negarse a suministrar los medicamentos originalmente recetados por un médico tratante que ya no está adscrito a la entidad, y en su lugar, ofrecer los medicamentos genéricos sustitutivos, contemplados en los planes de salud, que recetó un nuevo médico actualmente adscrito a la entidad?

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido que abordar en varias ocasiones casos

en los cuales una persona considera que se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la salud, por cuanto se pretende sustituir un medicamento que originalmente le había sido recetado por el médico tratante. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido que este cambio puede efectuarse en tanto se compruebe, específicamente para el caso del paciente, que no se le causan perjuicios.

4.1. En la sentencia T-089 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía), por ejemplo, la Corte decidió que una entidad que presta el servicio de salud desconoce los derechos a la vida y a la salud de un paciente cuando sustituye el medicamento no contemplado por los planes obligatorios de salud que se le venía otorgando para tratar una enfermedad que compromete su integridad, por otro medicamento que sí está contemplado dentro de los planes de salud, cuando la decisión se adopta sin saber si en el caso específico el cambio de medicamento agravará la condición del paciente. En este caso se resolvió ordenar a la entidad demandada, el entonces Instituto de Seguros Sociales, para que dispusiera lo necesario para que al accionante fuera examinado por médicos especialistas en la enfermedad que éste padecía, para determinar su estado de salud, y adoptar el tratamiento correspondiente.¹⁵ En este caso el accionante era un pensionado, aspecto que no fue determinante para la decisión adoptada.

4.2. En la sentencia T-256 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería) la Corte tuvo que absolver un problema similar, pero bajo un nuevo contexto normativo. En este caso la EPS se negó a entregar el medicamento solicitado por el accionante (un menor de edad representado por su padre), por cuanto (a) este no se encontraba dentro de los medicamentos contemplados por el plan obligatorio de salud, (b) porque no había sido recetado por un médico adscrito a la entidad prestadora de salud, y (c) porque en su lugar se venía suministrando la versión genérica del mismo medicamento, de acuerdo al dictamen de un médico adscrito a la entidad. La EPS alegó además que de acuerdo con la reglamentación vigente lo que procedía es que el padre del accionante presentara la solicitud al Comité Técnico Científico de la EPS para que éste decidiera.

La Corte consideró que no existía “(...) un concepto médico obligante de un especialista vinculado a la E.P.S. S.O.S., indicativo de que el medicamento genérico debe descartarse por no tener la virtualidad de paliar la enfermedad que aqueja al menor”, en tanto que el concepto aportado al proceso provenía de un médico no adscrito a la EPS. Sin embargo,

teniendo en cuenta que los derechos a la salud y seguridad social de los niños son de aplicación inmediata, que es preciso protegerlos debido al alto grado de vulnerabilidad a que están expuestos y que en el expediente existía el concepto de un médico que advierte la posible afectación a la salud del menor por no entregar el medicamento comercial en lugar del genérico, la Corte consideró que los derechos del menor podrían “estar en riesgo y amenaza si no se le suministra el medicamento correcto” y en consecuencia decidió ordenar a la EPS acusada que le proporcionara al menor la medicación requerida en su presentación genérica, “previa valoración de un médico adscrito a la entidad accionada, que conceptúe sobre la idoneidad de la droga para la salud del menor”.

4.3. En la sentencia T-344 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se planteó nuevamente una cuestión similar, pero con nuevos elementos fácticos. En este caso la EPS se negaba a suministrar un medicamento que en reiteradas ocasiones había solicitado el médico tratante, pero que el Comité Técnico Científico se negaba a autorizar. Así pues la Corte resolvió el siguiente problema jurídico: ¿viola una E.P.S. los derechos a la vida y la salud de un afiliado, al negarse a suministrarle un medicamento de especial eficacia recetado por el médico tratante para la atención de una enfermedad que se encuentra en un estado que afecta gravemente la salud de la persona (artritis reumatoidea supremamente agresiva), en razón a que el medicamento no está contemplado en el P.O.S. y, en cambio, existen otros que sí están incluidos, no han sido empleados y son recomendados por el Comité Técnico Científico de la E.P.S.?

En este caso la Corte decidió que “(...) mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una E.P.S., la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del P.O.S., por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.” Es decir, la Corte consideró que una EPS puede modificar los medicamentos incluidos en el tratamiento que originalmente le haya recetado a un paciente un médico tratante, siempre y cuando no se afecte con esta decisión la salud y la vida del paciente. Dijo la Corte al respecto,

“La razón por la cual la jurisprudencia ha indicado que se prefiere la opinión del profesional

de salud que haya atendido al paciente sobre la de cualquier otro miembro de la E.P.S. es debido a que aquél es: (1) el especialista en la materia que (2) mejor conoce el caso. Es decir, se considera que es la persona más competente para determinar si el paciente realmente necesita el medicamento en cuestión y la urgencia del mismo. Ahora bien, aunque esto es cierto, en modo alguno ello implica creer que sea imposible que el médico ordene el suministro de una droga que en realidad no se requiere. Esto puede llegar a ocurrir, y en tales circunstancias la E.P.S. tiene la facultad de negar el suministro de los medicamentos que se haya ordenado.

Aunque las normas legales no se han ocupado de indicar un procedimiento para dirimir esta clase de conflictos, advierte la Sala que es posible que el Comité Técnico Científico niegue una orden del médico tratante. Pero no puede hacerlo basándose en su criterio de orden administrativo o presupuestal. El Comité debe disponer de fundamentos científicos suficientes para adoptar una decisión en contra de lo ordenado por el médico tratante. Para ello, la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.”¹⁶

4.4. Lo dispuesto por la sentencia T-344 de 2002 ha sido reiterado en varias ocasiones por la jurisprudencia constitucional,¹⁷ entre ellas en la sentencia T-388 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), caso en el que la Corte decidió que la entidad acusada (una ARS) estaba obligada a otorgar el medicamento comercial solicitado y no la versión genérica del mismo, “(...) salvo opinión contraria del Comité Médico Científico de la entidad, motivada y avalada en conceptos especializados y pertinentes para el caso específico. Lo anterior, en atención a lo que frente a casos similares ha resuelto la jurisprudencia (...)”

En este caso la Corte tuvo en cuenta que existía una nueva reglamentación en cuanto al suministro de medicamentos comerciales y genéricos, dijo al respecto,

“(...) sea del caso precisar que la A.R.S. accionada, fundamenta su negativa de otorgar el medicamento comercial en las regulaciones que sobre medicamentos ha hecho el Acuerdo 228 de 2002.¹⁸ De una lectura atenta del artículo cuarto del acuerdo mencionado¹⁹ se

entiende ciertamente que en toda prescripción de medicamentos deberá utilizarse la denominación genérica; sin embargo, la A.R.S. esta facultada para otorgar el medicamento en cualquier presentación (genérica o comercial) siempre que se cumplan los cuatro criterios fijados por el propio Acuerdo 228 del CNSSS: (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. Criterios éstos que obviamente son de competencia del médico tratante (o dado el caso del Comité Técnico Científico de la ARS) quien de acuerdo a su experticio y al conocimiento clínico del paciente, puede determinar la eficacia del medicamento para el control de la patología que trate, y la calidad, seguridad y comodidad de un medicamento en la vida del enfermo.”²⁰

4.5. Así pues, pueden concluirse las siguientes reglas:

4.5.1. La decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del plan obligatorio de salud, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.

4.5.2. Una EPS o una ARS pueden reemplazar un medicamento comercial a un paciente con su versión genérica siempre y cuando se conserven los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. (Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, art. 4°)

4.5.3. En virtud de la protección a los derechos del paciente, los cambios de medicamentos o tratamiento que se desee hacer en un caso específico, deben fundarse en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.

5. Análisis del caso bajo revisión.

En el caso bajo análisis le asiste la razón a Caprecom EPS cuando señala que el concepto del doctor Rafael Antonio Tatis Cabarcas no puede ser tomado como el concepto del “médico tratante” del accionante por cuanto este doctor no se encuentra adscrito a la entidad demandada. Sin embargo no es cierto que se trate de un concepto irrelevante y que no deba ser tenido en cuenta por cuatro razones. Primera, como se anotó en la sentencia T-256 de 2002, el concepto de un médico que considere que la vida o la integridad de un paciente

podría verse gravemente afectada es relevante, en especial si se trata de un sujeto de protección especial, como los niños o las personas de la tercera edad. Segunda, en el presente caso el doctor Tatis Cabarcas estuvo vinculado por cerca de 20 años a Caprecom. Tercera, estando adscrito a Caprecom, el doctor Tatis Cabarcas atendió, diagnosticó y recetó el tratamiento a Aníbal Barrios Reales. Y cuarta, el accionante ha sido paciente del doctor Tatis Cabarcas por espacio de más de diez años.

Así pues, teniendo en cuenta que el concepto médico invocado por el accionante no proviene de un médico tratante adscrito a Caprecom pero que sí es relevante de acuerdo a las razones expuestas, pasa la Sala a analizar el caso concreto de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución y la jurisprudencia constitucional citada.

5.1. No existe certeza médica acerca del efecto que tienen los nuevos medicamentos recetados en la salud del paciente

5.1.1. Existen dudas científicas fundadas y relevantes acerca de si los medicamentos con el que se pretende remplazar los medicamentos Lupron Depot y Casodex originalmente ordenados, conllevan efectos secundarios nocivos considerables en la salud de Aníbal Barrios Reales.

Para el doctor Rafael Antonio Tatis Cabarcas, el cambio de la droga originalmente recetada a su versión en genérico, deterioró gravemente la salud del paciente, tal como lo declaró en el testimonio que rindió ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla el 12 de julio de 2002, dentro del incidente de desacato. Indicó en aquella oportunidad que él operó de la próstata a Aníbal Barrios Reales y que

“(…) el resultado de anatomía patológica fue el de Adcno-carcinoma de próstata (cáncer), le inicié un tratamiento médico consiste (sic) en una supresión de la producción de andróginos (hormonas masculinas) cuya drogas son: acetato de leuprolider (Lupron de 3.75 mg) y famotidina (Casodex) la cual estuvo tomando por un tiempo, la cual la empresa Caprecom se la pasó a droga genérica y el paciente hizo una hepatitis tóxica por lo cual le recomendé a su hijo que hiciera el gasto y volviéramos a las drogas originales, según entiendo el las estuvo comprando, pero luego el instauró una tutela a Caprecom y se le autorizaron dichas drogas.”

Para el doctor Tatis Cabarcas, la situación del paciente es grave y no debe ser modificada. En el testimonio rendido ante el Juzgado dijo,

“El examen de PSA (Antígeno prostático) el cual es un marcador tumoral del cáncer de próstata, y la importancia del tratamiento es evitar que éste se eleve para evitar la metástasis (Tumor propagado a otros organizo) lo cual se ha conseguido hasta el momento, lo que sí se le hizo énfasis a su hijo Aníbal que el tratamiento debe ser indefinido, si se suspende corre el riesgo de la propagación del tumor. Actualmente PSA, el señor Aníbal Barrios se encuentra dentro de los límites normal y su prueba de función hepática son normales, lo que creo que el tratamiento sí ha surtido el efecto deseado.”

5.1.2. Por su parte Caprecom EPS reconoce que el accionante, por recomendación de su hijo, no permite ser “(...) revisado por médicos adscritos a nuestra red de servicios periódicamente para su valoración y tratamiento, sino que pretende (ser) atendido por un médico que no pertenece a nuestra red.” En esta medida, es claro que Caprecom EPS carece de información específica proveniente de un médico tratante que conozca a profundidad el caso de Aníbal Barrios Reales, que garantice la idoneidad de los nuevos medicamentos recetados para llevar a buen término el tratamiento del accionante.

5.2. El concepto del Instituto Nacional de Medicina Legal sólo certifica la semejanza de los dos medicamentos en teoría, no en el caso concreto

5.2.1. Caprecom EPS afirma que “(...) la Ley 100 de 1993 reconoce que las personas con el Plan Obligatorio de Salud (POS) como es el caso del paciente Aníbal Barrios Reales se les suministrará los medicamentos genéricos conforme lo estipula el Acuerdo N° 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o en su defecto los autorizados por el Comité Técnico Científico (...)”. A lo cual añade que “(...) el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses conceptúa que tanto el medicamento comercial como el genérico tienen la misma acción terapéutica y la Ley 100 de 1993 reconoce medicamentos genéricos porque son más económicos e igualmente efectivos, ya que los medicamentos comerciales son más caros y se violaría el principio de economía y efectividad consagrado en la Ley 100 de 1993.”

5.2.2. En efecto, en el Oficio 0700-02 CSF, dirigido al Juzgado Segundo Penal del Circuito, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Norte dijo,

“En atención a su solicitud de la referencia procedemos a dar respuesta a sus interrogantes en los siguientes términos:

El acetato de leuprolide es un no-na-péptido análogo a la hormona liberadora de gonadotropinas (GnRH o LHRH). El análogo posee mayor potencia que la hormona natural, está indicado para el tratamiento paliativo de cáncer de próstata.

La Bicalutamida es un antiandrógeno no esteroide que carece de alguna otra actividad endocrina, es un racemato cuya actividad antiandrogénica reside casi exclusivamente en el enantiómero R.

Comercialmente se conoce al primero como Lupron y al segundo como Casodex.

Se ha preconizado por parte del público en general que un medicamento genérico no ejerce la misma actividad terapéutica que un medicamento con nombre comercial; sin embargo, tanto los medicamentos genéricos como los de nombre comercial tienen registro del INVIMA (Instituto para la vigilancia y control de alimentos y medicamentos), lo que quiere decir que cumplen con los estándares de calidad colocados como requisitos por ese instituto para otorgar la respectiva licencia de comercialización.

Por consiguiente, si cumplen con la dosificación establecida del mismo principio terapéutico deben tener la misma acción.”

Sin embargo, como se indicó en los antecedentes de la presente providencia, el Médico forense que emitió dicho concepto advirtió a esta Corporación que si “(...) el médico tratante se opone a la aplicación de medicamentos genéricos en su paciente es porque debe tener una estadística clara y demostrable de su ineffectividad en los pacientes tratados por él; debemos aclarar que no somos los médicos tratantes de este paciente y por tanto no hemos realizado seguimiento a él para manifestarnos sobre si específicamente en su caso los medicamentos genéricos o los de marca comercial son efectivos o no; repetimos que esto lo debe manifestar el médico tratante, quien al observar que su paciente no mejora con los tratamientos genéricos debe justificar ante la entidad respectiva (Caprecom), el uso de otro medicamento, es decir, basándose en evidencia médica que lo demuestre y no simplemente en la posibilidad de que pueda suceder o no. (...)” En la comunicación remitida a esta Corporación el Instituto reitera que “(...) a pesar de basar nuestro concepto en toda la

información disponible, este es un concepto de lo que en teoría debería suceder, pero si esto sucede o no en la práctica, la máxima autoridad para juzgar esto es el médico tratante, por lo tanto su concepto fundamentado adecuadamente debería primar sobre el concepto forense y aún sobre el concepto de la junta de aprobación de medicamentos de la EPS.”

5.2.3. En el trámite ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla de la consulta de la sanción impuesta en el incidente de desacato a Caprecom, dicha entidad negó haber incumplido con la orden impartida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla con relación a Aníbal Barrios Reales, por cuanto en el Acta N° 089 del 19 de diciembre de 2001 del Comité Técnico Científico consta que dicha entidad autorizó al señor Barrios Reales los medicamentos Norvas 10 mgs, Betaloc 100 mgs, Hidroclorotiazida 25 mgs mediante la fórmula N° 1237258.

Cuando esta Sala de Revisión le preguntó a Caprecom EPS que cuál había sido el procedimiento que se había adelantado para tomar esta decisión, la entidad dijo: “(...) la respuesta es, basado en el numeral 4° del artículo 15921 y artículo 162 de la Ley 100 de 199322 (...)”. Es decir, el procedimiento adelantado consistió simplemente en aplicar las normas vigentes que establecen que la EPS se debe restringir al Plan Obligatorio de Salud, lo cual es claramente insuficiente, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional citada a lo largo del presente fallo.

5.3. Conclusión

En el presente caso Caprecom EPS desconoció los derechos del paciente Aníbal Barrios Reales por cuanto modificó los medicamentos que le había recetado quien fuera su médico tratante sin que su decisión se hubiese fundado en la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad que conocieran en detalle la historia clínica del paciente (esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el accionante). En este caso se remplazaron los medicamentos comerciales originalmente recetados por su médico tratante con su versión genérica, sin haber verificado previamente que se conservaran los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente, de acuerdo con lo dispuesto por el Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS (art. 4°).

Ahora bien, en el presente caso la omisión en la que incurrió Caprecom EPS es aún más grave por cuanto se trata del delicado estado de salud de una persona de la tercera edad

que sufre graves dolencias. No constituyen actuaciones temerarias las acciones emprendidas por Aníbal Barrios Reales con la ayuda de su hijo, Aníbal Barrios Parra, para defender sus derechos como paciente. En cambio sí conlleva una grave omisión el que una entidad dedicada a prestar el servicio de salud someta a una persona de más de 90 años a tener que emprender todo tipo de acciones judiciales, para que se cumplan y respeten las garantías constitucionales que le son reconocidas.

Por tanto, se revocará la decisión de instancia, se tutelarán los derechos a la vida a la salud y al debido proceso de Aníbal Barrios Reales, y en consecuencia, se ordenará que en el término de 48 horas, si aún no lo ha hecho, Caprecom EPS suministre los medicamentos Lupron Depot y Casodex, de acuerdo con la prescripción hecha por el doctor Rafael Tatis Cabarcas, advirtiéndolo a Caprecom EPS que si desea modificar este tratamiento, deberá hacerlo de acuerdo a las reglas fijadas en la presente sentencia y permitiendo al doctor Rafael Antonio Tatis Cabarcas participar en dicha decisión.

Por otra parte, concluye la Sala que a la actuación del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Norte, no desconoció los derechos del accionante. La Institución se limitó a responder un concepto que le solicitó una autoridad judicial, en cumplimiento de sus funciones legales, advirtiéndolo claramente que su concepto era teórico y no podía servir de base para tomar una decisión en un caso concreto.

6. Una inadecuada regulación del sector de la salud compromete los derechos fundamentales de las personas

6.1. La Corte ya ha señalado que los derechos a la vida, la salud y la integridad de las personas residentes en Colombia dependen, en gran medida, de la adecuada prestación del servicio por parte de las E.P.S., las A.R.S. y demás entidades. Sin embargo, para que estas entidades puedan cumplir con la misión que se les ha encomendado, es preciso que exista un marco regulatorio claro, que se adecue a los postulados constitucionales y legales sobre la materia. Sin éste, se pueden presentar infinidad de vacíos y dificultades de orden legal, de carácter administrativo, que impliquen demoras o retrasos en la prestación del servicio. Es decir, una mala regulación, bien sea por confusa, incompleta o contraria a postulados constitucionales, puede ser la causa de violaciones a los derechos fundamentales de los pacientes.

6.2. En este sentido, en la sentencia T-344 de 2002 se consideró que si bien la EPS acusada había desconocido los derechos a la vida y a la salud de la accionante por haberse negado a suministrar un medicamento ordenado por su médico tratante, parte de la responsabilidad del incumplimiento constatado correspondía a causas ajenas a ella. La Corte señaló, entre otras razones, por ejemplo, que “(l)a regulación adolece de un vacío legislativo por cuanto no prevé un procedimiento para solucionar las controversias suscitadas entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico. En la medida en que el Comité tiene que aprobar la decisión del profesional que esté atendiendo a la paciente que requiere el medicamento o el tratamiento excluido, es probable, como en efecto ocurre en este caso, que mientras el médico insiste en que el medicamento es necesario el Comité insista en lo contrario. El carecer de un procedimiento, o de un criterio claro, que permita dirimir esta controversia de forma célere, es una de las razones por la que (la accionante) debió soportar una demora injustificada en el suministro de la droga que le fue recetada.” (acento fuera del original).

En este mismo sentido la jurisdicción contenciosa administrativa ha considerado que no contemplar medicamentos necesarios para conservar la vida y salud de personas que padezcan una grave enfermedad en la regulación acerca de los medicamentos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, puede desconocer el derecho colectivo a la salubridad pública. En efecto, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2002 (C.P Germán Ayala Mantilla; 250002326000200119491 01), la Sección Cuarta del Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, consideró que la decisión del Instituto de Seguros Sociales, adoptada mediante la Resolución 3010 de 2000, de recomendar no utilizar la nifedipina de acción corta y usar en cambio la nifedipina de liberación osmótica, afecta lo derechos de todas las personas residentes en el país que padezcan de hipertensión arterial para que en un evento dado puedan ser sujetos activos del medicamento nifedipina de acción corta, pues podrían estar en riesgo su salud y su vida.²³

6.4. La Corte reitera la necesidad de que los órganos encargados de regular, controlar y vigilar el sector Salud se ocupen de llenar los vacíos existentes en la regulación, como por ejemplo, aquel ya advertido por la jurisprudencia constitucional y ratificado ahora por la dependencia encargada de tales asuntos en el Ministerio de la Protección Social. Decisiones como las adoptadas en la sentencia T-344 de 2002 demandan del juez constitucional que en virtud del principio de la inmunidad de los derechos fundamentales, se establezcan parámetros y criterios de decisión, que en principio deberían estar fijados por la regulación,

a partir de la aplicación directa de los preceptos constitucionales. La jurisprudencia constitucional ha señalado que “(l)a ausencia de desarrollo legislativo de los derechos constitucionales no puede significar el aplazamiento o recorte de los derechos que, por su naturaleza, requieren de la actuación de las autoridades públicas para asegurar su cumplimiento. (...) Lo contrario significaría que la realización de los derechos constitucionales estaría librada a la contingencia de las fuerzas políticas del momento, lo que desdice de su carácter de derechos. Así, el principio de inmunidad de los derechos sustrae a éstos de la libre disposición por parte de las mayorías. Si las autoridades públicas encargadas de ejecutar el mandato constitucional de expedir el estatuto del trabajo y de modificar la ley marco de salarios públicos, no lo hacen, ello no significa que los derechos constitucionales cuya plena realización depende de ello, se queden escritos. Por el contrario, debe la Corte, en aplicación del principio de efecto útil de las normas constitucionales, interpretar el alcance de los derechos constitucionales (...)”

No puede entonces el Ministerio de la Protección Social, y los demás órganos encargados de regular el sector, conformarse con señalar que la jurisprudencia constitucional ha establecido temporalmente un parámetro para resolver los conflictos entre el medico tratante y el Comité Técnico Científico, es preciso que se llene el vacío normativo de acuerdo a los procedimientos constitucionales establecidos para ello. En el presente caso se ordenará a Caprecom EPS que si aún no lo ha hecho, suministre los medicamentos Lupron Depot y Casodex, de acuerdo con la prescripción hecha por el doctor Rafael Tatis Cabarcas, sin interrupciones ni retrasos, indicándole a Caprecom EPS que si desea alterar este tratamiento, deberá hacerlo (1) de acuerdo a las reglas fijadas en el apartado (4.3) de las consideraciones la presente sentencia y (2) permitiendo al doctor Rafael Antonio Tatis Cabarcas participar en dicha decisión.

6.5. La falta de una regulación adecuada para saber como resolver y tramitar aquellos casos en los que se toma la decisión de modificar un medicamento, impide que en proceso como el presente se pueda tomar una decisión clara y rápida que asegure tanto los derechos de los pacientes, como la eficiencia en el gasto de los recursos del sistema de salud.

Con base en las consideraciones expuestas, pasa entonces la Sala a revocar el fallo de instancia y a conceder la tutela.

III. DECISIÓN

En conclusión, en virtud de la protección de los derechos del paciente, una entidad que preste servicios de salud podrá cambiar el medicamento que originalmente haya recetado un médico tratante, siempre y cuando la decisión la adopte el Comité Técnico Científico de la entidad basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, así lo considere. En todo caso no se podrá sustituir un medicamento comercial por uno genérico sin haber verificado previamente que se conservaran los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente, de acuerdo con lo dispuesto por el Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS (art. 4°).

Por lo tanto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- Revocar el fallo proferido por Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla en el proceso de la acción de tutela instaurada por Aníbal Barrios Reales en contra de el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Norte, y Caprecom EPS y en consecuencia tutelar los derechos a la vida, a la salud y al debido proceso de Aníbal Barrios Reales.

Segundo.- Ordenar a Caprecom EPS en el término de 48 horas contadas a partir del momento en que se notifique esta sentencia, si aún no lo ha hecho, suministre los medicamentos Lupron Depot y Casodex, de acuerdo con la prescripción hecha por el doctor Rafael Tatis Cabarcas, sin interrupciones ni retrasos. Además, se advierte a Caprecom EPS que si desea alterar este tratamiento, deberá hacerlo (1) de acuerdo a las reglas fijadas en el apartado (4.3) de las consideraciones la presente sentencia y (2) permitiendo al doctor Rafael Antonio Tatis Cabarcas participar en dicha decisión.

Cuarto.- Librar, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla resolvió revocar la providencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla del 15 de julio de 2002, dentro del incidente de desacato promovido por Aníbal Barrios Reales en contra del representante legal de Caprecom EPS, por desacatar lo dispuesto por ese mismo juzgado en sentencia del 19 de diciembre de 1997. El Juzgado Segundo Penal del Circuito consideró, en cuanto a la oportunidad de la entrega de los medicamentos, que de acuerdo a las pruebas del expediente, sólo han ocurrido algunos retardos esporádicos. Se indicó que “si bien esto puede constituir una irregularidad que perjudica al accionante, lo cierto es que las pruebas demuestran que se ha hecho por parte de la EPS lo posible para la entrega oportuna de los remedios, los que como es apenas lógico, por estar fuera del POS, necesariamente deben ser sometidos a la aprobación del Comité Técnico Científico, así esté ordenado en un fallo de tutela (...)” En segundo lugar, en cuanto a la acusación de haber cambiado las drogas que originalmente se suministraban para pasar a darle unos genéricos de menor calidad, el Juzgado Segundo consideró que en la medida que el fallo supuestamente incumplido no ordenó la entrega de medicamentos con determinado nombre comercial sino la entrega de los medicamentos “ordenados por el médico adscrito a la misma EPS”, y “que en la actualidad el doctor Tatis no pertenece a esta entidad, y que el médico tratante de este momento prescribe genéricos”, el Juzgado consideró que el fallo de tutela del Juez Tercero Penal Municipal de Barranquilla, por lo tanto, se había cumplido y que “por consiguiente no procede la sanción impuesta en contra del representante legal de Caprecom EPS”.

2 Sentencia T-083 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se consideró que tratándose “(...) de personas de la tercera edad, el artículo 13 del Texto Fundamental señala como una obligación, a cargo del Estado, la sociedad y la familia, la de brindar un trato especial a las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta. Dentro de este grupo se destaca, por su pertinencia las personas que han llegado a la tercera edad. Asimismo, el artículo 46 de la Carta Fundamental y la jurisprudencia constitucional, han reconocido que las personas que han llegado a la tercera edad ocupan un lugar de privilegio frente a la protección que debe brindar el Estado a los derechos y garantías reconocidas a toda persona.”

4 Ver entre muchas otras, las sentencias SU-090 de 2000, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-1023 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño; T-547 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-538 de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis. [Con relación a la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar acreencias de tipo laboral, consultar la sentencia T-686 de 2003; M.P. Eduardo Montealegre Lynett]

5 Ver entre muchas otras, las sentencias T-1213 de 2000, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-896 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

6 Sentencia T-847 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso la Corte consideró que “teniendo en cuenta el carácter excepcional de la acción de tutela y los efectos de una decisión que altere el orden de prelación de créditos sobre la igualdad de otros acreedores privilegiados con créditos ciertos y exigibles desde el inicio del proceso liquidatorio, así como sobre los derechos de los pensionados, no puede la Corte aceptar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, sin que exista prueba suficiente que justifique alterar dicho orden o que indique la situación excepcional de vulneración en que se encuentran los actores, teniendo en cuenta (...) que el proceso liquidatorio ofrece garantías adecuadas para proteger los derechos de los cuatro trabajadores.” La Corte resolvió confirmar los fallos de instancia que declararon la improcedencia de la acción de tutela.”

7 Corte Constitucional, sentencia T-099 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) En este caso se resolvió ordenar a Capresub que en el término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la

notificación de la sentencia, reanudara el suministro de los paquetes mensuales de pañales, de conformidad con las indicaciones médicas.

8 En la sentencia T-277 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) la Corte resolvió la solicitud de una mujer, que actuando en defensa de su media hermana, una mujer de la tercera edad, parapléjica, acusaba a quien fuera su marido por 43 años, para que cumpliera con sus responsabilidades. La Corte consideró "(...) procedente ordenar (al esposo) proporcionar los fondos, según sus condiciones económicas, que permitan a su esposa satisfacer sus necesidades básicas. Orden que es procedente, ante la incapacidad de la señora Ovalle para proveer su propia defensa y demandar a su cónyuge para el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, la Sala solicitará la intervención del personero municipal del municipio del Socorro, para que personalmente inicie las gestiones necesarias, a fin de que el señor Vega Sánchez suministre estos recursos y, si ello no es posible, acuda ante el juez competente, en representación de la señora Ovalle, para que se fije el monto de una mesada por concepto de alimentos (artículo 411 del Código Civil)." En este mismo sentido, la sentencia T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda), establece "la sustitución pensional como derecho fundamental en ciertas circunstancias."

9 Corte Constitucional, sentencia T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) En este caso se resolvió revocar el fallo de instancia y ordenar al Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia, adoptara todas las medidas necesarias para reconocer y hacer efectivo el derecho de la (accionante) a recibir la pensión que correspondía al mayor (r) Pérez Pérez, mientras la jurisdicción competente decidía sobre la legalidad de los actos administrativos reseñados en la sentencia.

10 Corte Constitucional, sentencia T-1081/01; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra (En esta ocasión se tuteló el derecho a la salud de una persona de 70 años a quien el médico tratante le había ordenado operación de cataratas y la EPS se negaba a cubrir tal implemento por no estar incluido en el POS. La Corte, considerando la difícil situación económica del accionante y su especial vulnerabilidad, consideró el derecho a la salud como fundamental y ordenó el cubrimiento integral de lo dispuesto por el médico.) Este precedente ha sido reiterado, entre otras, por la sentencia T-252 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la sentencia T-997 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y la sentencia T-111 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy

Cabra).

11 En el numeral 7 del acápite HECHOS de su tutela, el actor alude a los derechos que estima vulnerados por la entidad accionada. Expresa lo siguiente: “Soy un anciano, con más de 65 años de edad, no tengo otra fuente de ingresos para sostenerme y sostener a mi familia, la cual depende de mí; la falta de reconocimiento y pago de mi pensión está violando mi mínimo vital; la demora en el reconocimiento y pago de la pensión es una situación que hace que mi vida se vea seriamente amenazada, por cuanto no recibo ningún salario. Además, no tengo edad ni condiciones para conseguir un trabajo que me ayude a subsistir” (fl. 10). Así mismo, en la relación de las pretensiones expuestas por el accionante en el escrito, pide al juez de tutela que se ordene a la Directora Seccional del Seguro Social “expedir el acto administrativo en forma de resolución por medio de la cual se me hace reconocimiento y se ordena el pago de la pensión de vejez, en los términos solicitados”. (fl. 10) Finalmente, en el derecho de petición del 8 de abril de 2002 reitera que se le cancele la pensión de jubilación en los términos que ha señalado. (fl. 13)

12 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-492 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-501 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-554 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía y T-684 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 En la sentencia T-059 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte decidió que “(...) a pesar de que el actor sólo mencionó como vulnerado el derecho de petición, la omisión del Seguro Social de no reconocer y ordenar el pago de la pensión de jubilación, tal como se indica en adelante, vulnera directamente el derecho fundamental a la seguridad social, en conexidad con los derechos a la vida digna, la igualdad, el trabajo, la protección de los derechos de las personas de la tercera edad y el mínimo vital del accionante.”

14 En la sentencia T-463 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte estuvo en desacuerdo con la decisión del juez de segunda instancia dentro del proceso que se revisaba, en virtud de la cual se había revocado el fallo de primera instancia por haber concedido la acción de tutela con base en derechos que no habían sido invocados por el accionante (además de tutelar el derecho a la igualdad, que sí había sido invocado, el juez de primera instancia había tutelado los derechos a libertad de escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad). La Corte revocó el fallo proferido en segunda instancia, y

confirmó el fallo proferido en primera instancia, concediendo la tutela con base en todos los derechos efectivamente violados.

15 En este caso la Sala comprobó con conceptos médicos que si bien ambos medicamentos podían generar efectos secundarios en el paciente, estos eran diferentes y no se sabía, específicamente, si el paciente también podría tolerar los efectos del nuevo medicamento.

16 Corte Constitucional, sentencia T-344 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

17 Entre otras ver las sentencia T-540 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-543 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-050 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-644 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

18 Expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS, “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.”

19 Artículo 4º.- 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, independientemente 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.

20 La Corte resolvió ordenar a la ARS EMSSANAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, reiniciara el suministro del medicamento DEPAKENE, que bajo prescripción del médico tratante debe tomar el menor (accionante), por el tiempo que el mismo médico señale, salvo que el Comité Técnico Científico de Emssanar, luego de recibir la opinión de dos especialistas en neurología, determinara que la droga VALPROSID tenía exactamente el mismo efecto que el Depakene en el control de la enfermedad que aqueja al menor. Recientemente la sentencia T-806 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se decidió que una menor de edad tiene derecho a recibir el medicamento recetado por su médico tratante, así éste no se encuentre contemplado dentro del POS y sí se encuentre contemplado dentro del POS una versión genérica del mismo (En este caso se resolvió ordenar a la IPS Hospital Rafael Uribe Uribe, el suministro del

medicamento Depakene suspensión por todo el tiempo que su médico tratante lo estime necesario).

21 Ley 100 de 1993, artículo 159. Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos: (...) 4. La escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.

22 Ley 100 de 1993, artículo 162. Plan Obligatorio de salud. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan. || Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley. || Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables. || Parágrafo 1°. En el período de transición, la población del régimen subsidiado obtendrá los servicios hospitalarios de mayor complejidad en los hospitales públicos del subsector oficial de salud y en los de los hospitales privados con los cuales el estado tenga contrato de prestación de servicios. || Parágrafo 2°. Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil

epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema. || Parágrafo 3°. La Superintendencia Nacional de Salud verificará la conformidad de la prestación del Plan Obligatorio de Salud por cada Entidad Promotora de Salud en el territorio nacional con lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Gobierno Nacional. || Parágrafo 4°. Toda Entidad Promotora de Salud reasegurará los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social como de alto costo. || Parágrafo 5°. Para la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, todas las Entidades Promotoras de Salud establecerán un sistema de referencia y contrarreferencia para que el acceso a los servicios de alta complejidad se realice por el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias. El gobierno nacional, sin perjuicio del sistema que corresponde a las entidades territoriales, establecerá las normas.

23 En este caso se resolvió ordenar al Comité Técnico de Medicamentos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dentro del plazo de dos (2) meses contados a partir de la notificación de (la sentencia), analizar y ordenar en el POS la inclusión de por lo menos un medicamento que contenga nifedipina de larga acción, de ser recomendable dentro de los genéricos.”