

Sentencia T-1123/05

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Casos en que medicamento comercial puede ser reemplazado por otro genérico

El Acuerdo No. 228 de 2002 otorga a las Entidades Promotoras de Salud la facultad de ordenar el suministro de medicamentos ya sea de tipo comercial o genérico, siempre y cuando los mismos conserven las condiciones de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente. En todo caso es prevalente la decisión de médico tratante para ordenar una droga excluida del plan obligatorio de salud, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario. No obstante, si el Comité Técnico Científico se niega a suministrar el medicamento comercial, deberá sustentar el suministro del fármaco genérico previa valoración de médicos especialistas en la respectiva patología y como resultado de una valoración de las condiciones de salud del afectado.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Puede suministrar tanto los medicamentos comerciales como los genéricos

DERECHO A LA SALUD-Protección constitucional

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

DERECHO A LA SALUD-Requisitos para suministro de medicamentos excluidos del POS

MEDICO TRATANTE-Debe ordenar el suministro del medicamento por fuera del POS

MEDICO TRATANTE-Su concepto prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionario de la EPS

El juez de tutela para proferir una decisión respecto al suministro de medicamentos ordenados por el médico tratante, debe tener en cuenta que el dictamen del galeno

prevalece sobre las consideraciones del Comité Técnico Científico de la Entidad Prestadora de Salud.

DERECHO A LA SALUD DEL DISMINUIDO FISICO Y PSIQUICO-Protección especial

Referencia: expediente T-1161542

Accionante: Henry Hernando Delgado Páez en representación de Néstor Ricardo Delgado Páez.

Demandado: Servicio Occidental de Salud EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., dos (2) de noviembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil - Presidente- Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Tercero Civil Municipal y Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Henry Hernando Delgado Páez en representación de su hermano Néstor Ricardo Delgado Páez contra el Servicio Occidental de Salud EPS.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día veintiséis (26) de abril de 2005, el señor Henry Delgado Páez en representación de su hermano Néstor Ricardo Delgado Páez, quien padece de retardo mental, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, desmejoramiento en la calidad de vida, presuntamente vulnerados por el Servicio Occidental de Salud EPS, al negarle los medicamentos comerciales DEPAKENE, TEGRETOL y URBADAN,

que le han sido ordenados de por vida por su médico tratante.

La solicitud de amparo se sustenta en los siguientes:

1.Hechos

1. El accionante manifestó en su escrito, que su padre falleció en el mes de agosto de 2001 en la ciudad de Bogotá y que el día 3 de septiembre del mismo año fue radicado ante la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional para su señora madre, la cual fue concedida en un cincuenta por ciento, quedando en suspenso el otro cincuenta para su hermano incapaz, Néstor Ricardo Delgado Páez, quien sufre de retardo mental.

1. Agrega, que en el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, cursa un proceso para que le sea nombrado un curador a su hermano, pues el mes de febrero de 2003 su señora madre falleció quedando el mismo a su cuidado, el cual, debido a la enfermedad que lo aqueja, debe tomar de por vida los medicamentos DEPAKENE, TEGRETOL y URBADAN.

1. Señala, que debido a la problemática surgida en CAJANAL le fue asignada la entidad Servicio Occidental de Salud, la que viene prestando el servicio médico a su hermano; más sin embargo, los medicamentos son entregados en forma genérica y tardíamente por el Comité Médico Científico, ocasionando deterioro en la salud de su hermano. Además sostiene, que dicho Comité le informó que no seguirá suministrando dichos medicamentos.

1. Sostiene, que se hace necesario que la droga sea suministrada directamente por la EPS, pues dicho comité demora la entrega de los medicamentos y la continuidad de los mismos es indispensable para la salud de su hermano.

1.5 Posteriormente, mediante escrito del 19 de julio de 2005, el accionante manifestó que la EPS demandada en comunicación escrita, le informó que la droga que debe entregarse para el tratamiento de su hermano es la que se encuentra en el POS, o sea la de tipo genérico; y que el médico le indicó que dicha droga no tiene ninguna eficacia y además le producen mareos, convulsiones frecuentes, agresividad, vómito y dolor abdominal a su hermano.

Sostiene, que en el mes de julio del año en curso, la EPS demandada no le suministró la droga y debió adquirirla de manera particular. Para el mes de agosto dicha entidad le autorizó la droga genérica, razón por la cual solicita se le autoricen los medicamentos que aunque no están en el POS, son los indicados para el tratamiento de su hermano.

Al efecto, allega justificación médica para la entrega de los medicamentos, en donde consta que la epilepsia “ no se trata sino con VALCOTE y TEGRETOL.

1. Solicitud

El accionante solicita que se le protejan los derechos fundamentales que considera violados por el Servicio Occidental de Salud EPS y que, en consecuencia, se ordene a dicha entidad que de manera ininterrumpida le suministre las drogas comerciales DEPAKENE, TEGRETOL y URBADAN a su hermano, que por padecer de retardo mental, Epilepsia y Síndromes Epilépticos Focales, requiere de dichos medicamentos de por vida.

3. Oposición a la demanda de tutela

3.1 Respuesta del Servicio Occidental de Salud EPS

El Director del Servicio Occidental de Salud EPS Sede Bogotá, mediante escrito del 3 de mayo de 2005, manifestó que dicha entidad no ha violado derecho fundamental alguno al demandante, pues siempre ha velado por su salud y le ha suministrado los medicamentos, previa aprobación del Comité Técnico Científico que hace parte de esa entidad.

3.2 Respuesta del Ministerio de Protección Social

Mediante escrito del 4 de mayo de 2005, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Protección Social señaló lo siguiente:

El medicamento denominado TEGRETOL corresponde a un nombre comercial y por tal razón no aparece en el Acuerdo 228 de 2002, lo que no quiere decir que no se encuentre en el POS, toda vez que el nombre genérico se encuentra contemplado en dicho listado bajo el nombre de CARBAMAZEPINA y en consecuencia la EPS tiene la obligación de suministrar el medicamento de conformidad con lo anteriormente expuesto.

De otra parte, respecto a la negativa por el Comité Técnico Científico tenemos que la Resolución 5061 de 1997, por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos dentro de las Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, señalan claramente las funciones de estos Comités que deben atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las entidades señaladas....

.....Si por tanto, se señala que los Comités Técnicos de cada una de las EPS o ARS, son quienes autorizan si se aprueba su entrega, acorde con el procedimiento establecido en la Resolución 05061 de 1997...

...Por lo tanto, si de conformidad con el concepto del Comité Técnico Científico no autoriza el medicamento no contemplado en el POS, el afiliado debe asumir el costo, y si no tiene capacidad de pago, puede realizar acuerdos con la respectiva EPS o IPS en los términos reglamentarios”

4. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Declaración rendida por el señor Henry Hernando Delgado Páez en donde hace referencia a su precaria situación económica (Fl 10)

4.2 Escrito del 19 de julio de 2005 en el cual el accionante allega justificación médica de los medicamentos que requiere su hermano.(Fls 21 y 22)

4.3 Constancia del 19 de mayo de 2005, en donde el Servicio Occidental de Salud EPS, afirma, que hizo entrega de los medicamentos DEPAKENE, TEGRETOL y URBADAN, en cumplimiento de lo ordenado en el fallo de primera instancia de la presente acción de

tutela.(Fl.40)

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de Primera instancia

En fallo del doce de mayo de 2005, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, decidió conceder el amparo al derecho fundamental del accionante.

A tal decisión llegó el mencionado Despacho Judicial, después de considerar que de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, la suspensión del tratamiento no es constitucionalmente admisible, ni siquiera por el hecho de no encontrarse el medicamento dentro del POS, o por haberse suspendido el pago en las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, cuando fuere necesario para salvaguardar la vida, la salud y la integridad del paciente. En el caso presente, la situación de debilidad manifiesta que aqueja al accionante es suficiente para evidenciar la gravedad de la misma y el riesgo para su salud y su vida en condiciones dignas.

Agrega, que en cuanto a la situación económica del accionante, el mismo manifestó que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los costos de los medicamentos ordenados a su hermano, situación que no fue desvirtuada por la entidad accionada, razón por la cual el amparo habrá de prosperar.

2. Impugnación

La Directora del Servicio Occidental de Salud Sede Bogotá, impugnó el fallo de primera instancia ratificando los argumentos expuestos en el escrito enviado al Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, en el sentido de que las entidades administradoras del Plan Obligatorio de Salud, solo se encuentran obligadas a suministrar a los afiliados, los servicios que las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 tienen previstos y de conformidad con los requisitos que las mismas imponen para dar cumplimiento a las obligaciones. El Sistema, otorga a las EPS una suma limitada de UPC que no les permite prestar servicios diferentes a los señalados en las normas, de tal manera que los usuarios deberán asumir los servicios excluidos o adquirir un plan complementario. Debido a que las normas que rigen el funcionamiento de la seguridad Social en Salud son de obligatorio cumplimiento para las EPS,

están las mismas en la obligación de cumplirlas.

3. Sentencia de Segunda Instancia

El Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, mediante providencia del veinticuatro de junio de 2005, revocó el fallo de primera instancia, pues consideró que el Juez de tutela no puede exceder su competencia y ordenar como lo hizo el aquo, el suministro de unos medicamentos que no le fueron prescritos al accionante, pues ello equivaldría a inmiscuirse en un campo ajeno a su especialidad, ya que el único que puede determinar la necesidad o no de los medicamentos, es su médico tratante.

Agrega, que: “no es procedente la acción impetrada, frente a la mera expectativa que aduce el accionante relacionada al hecho que después de tres meses se vence el comité médico científico y no se le suministra mas droga, pues en primer lugar el paciente deberá asistir con su médico tratante a fin que le diagnostique el procedimiento a seguir para la enfermedad que lo aqueja y en caso que la droga recetada no pertenezca al POS elevar solicitud ante el Comité Técnico Científico a fin de que le sea autorizado dicho medicamento, evento en el cual en caso de ser negada la solicitud, surge la posibilidad de analizar por esta vía preferente y sumaria la presunta violación a los derechos fundamentales del paciente adscrito a la E.P.S, pues las meras expectativas no son objeto de amparo constitucional como reiteradamente lo ha manifestado la Corte Constitucional”

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica que ha dado lugar a la controversia objeto de la presente acción de tutela, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer, si el Servicio Occidental de Salud EPS violó los derechos a la salud en conexidad con la vida del señor Néstor Ricardo

Delgado Páez, al negarse a suministrar de manera ininterrumpida los medicamentos comerciales TEGRETOL y VALCOTE.

3. Procedibilidad de la acción de tutela mediante la agencia oficiosa

3.1 Legitimación por activa.

Antes de abordar el problema jurídico planteado, es importante determinar si se configura legitimación en la causa por activa cuando quien promueve la acción de tutela afirma hacerlo en condición de agente oficioso, de su hermano quien padece de retardo mental.

Como lo ha señalado esta Corporación, la acción de tutela, en los términos consignados en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollados en el Decreto No. 2591 de 1991, constituye un instrumento jurídico-procesal de naturaleza especial, mediante el cual se pretende obtener de los jueces, a través de un procedimiento preferente y sumario, sin mayores formalidades, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o en los eventos establecidos para los particulares, siempre y cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo para obtener la pretendida protección, a no ser que la presencia de un perjuicio irremediable determine su utilización en forma transitoria y preventiva para contrarrestar su configuración.

Ahora bien, uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela tiene que ver con la titularidad para su ejercicio, la cual se encuentra en cabeza de la persona cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados, por lo que será ella quien podrá solicitar el amparo de manera directa o a través de representante; no obstante, la ley autoriza la agencia de derechos ajenos de manera oficiosa, previa manifestación de dicha circunstancia, ante el juez que conoce de la acción, en el evento de que el titular del derecho violado o amenazado no pueda por condiciones personales promover su propia defensa,

En el presente caso nos encontramos en la situación regulada en el inciso 2 del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, cuando establece que, "También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud",.

De acuerdo a lo planteado en el expediente, se puede determinar claramente que el señor Néstor Ricardo Delgado Páez afectado con la omisión de la entidad demandada de suministrar los medicamentos, no puede ejercer su propia defensa, puesto que es una persona que padece retardo mental, lo que hace perfectamente viable la intervención de su hermano Henry Hernando Delgado Páez, al promover la acción de tutela a su favor.

Luego de lo anteriormente expuesto esta Sala resolverá el problema jurídico planteado en el caso concreto.

4. Reiteración de Jurisprudencia

4.1 Protección constitucional del derecho a la salud

En innumerables pronunciamientos, la jurisprudencia emanada de esta Corporación ha precisado que pese a que la salud es en principio un derecho de carácter prestacional, puede adquirir la connotación de fundamental si en el caso concreto se desprende que su desconocimiento puede comprometer derechos de rango fundamental. En estas condiciones la Corte ha protegido por vía de tutela el derecho a la salud, cuando éste se encuentre en conexidad con el derecho a la vida, a la dignidad humana y hasta con el libre desarrollo de la personalidad.

Sobre este tema, esta Corte en la Sentencia C-615 de 20021, sostuvo lo siguiente:

“De otro lado, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha puesto de presente cómo, a pesar del carácter primariamente prestacional del derecho a la salud, el mismo debe ser objeto de protección inmediata cuando quiera que su efectividad comprometa la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal. Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en conexión inescindible con el derecho a la vida o a la dignidad e incluso al libre desarrollo de la personalidad.² En este punto, además, no debe perderse de vista que la salud de los niños es per se un derecho fundamental, pues así lo dispone el artículo 44 superior, disposición que, como lo ha sostenido la Corte, debe entenderse como configurativa de un tratamiento privilegiado o de primacía de sus derechos sobre los de las demás personas³. De otra parte, también la Corte ha sostenido que la seguridad social - y por consiguiente la salud- como derecho constitucional, adquiere su

connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta.”

En consecuencia, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que el derecho a la salud -en principio- no se puede proteger de manera autónoma por vía de tutela, salvo que se comprometan derechos fundamentales como la vida u otros que ostenten esa misma condición⁴.

De igual forma en reciente jurisprudencia la Corte Constitucional mediante sentencia T-202 de 2005 (MP Dr. Rodrigo Escobar Gil) señaló lo siguiente:

“La prestación de los servicios de salud como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal⁵”.

Así mismo, la Corte en reciente Sentencia T-464 de 2005 (MP Dr. Rodrigo Escobar Gil) tuteló los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con el de la vida digna ordenando a Solsalud EPS Seccional Tolima, practicar el tratamiento de quimioterapia intravesical requerido por el accionante, suministrando todos los medicamentos necesarios para la protección de los derechos fundamentales del accionante.

Al efecto la Corte determinó lo siguiente:

Primero, para la Corte es claro que la no práctica integral del tratamiento de QUIMIOTERAPIA INTRAVESICAL al accionante, amenaza su derecho fundamental a la vida, especialmente desde el punto de vista biológico, pero también desde el punto de vista de las condiciones dignas en las que debe desarrollarse su existencia; mucho más si se tiene en cuenta que se trata de una persona de 86 años de edad que ha superado la expectativa de vida de un

hombre colombiano, el cual corre peligro por la demora en la entrega de los medicamentos necesarios para llevar a cabo la QUIMIOTERAPIA INTRAVESICAL.

4.2 Requisitos que deben tenerse en cuenta para la inaplicación de las disposiciones del POS en cuanto al suministro de medicamentos.

La Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado, que para que proceda la inaplicación de las disposiciones reglamentarias que rigen el Plan Obligatorio de Salud, deben reunirse las siguiente condiciones:

A-“Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro”.

B- “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario”.

C. “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores”.

D. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

4.3 Necesidad del dictamen médico para que el juez de tutela imparta la orden del suministro del medicamento fuera del POS.

La jurisprudencia de la Corte señaló que es el criterio expuesto por el médico tratante del paciente el que prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del fármaco excluido del POS, salvo en el caso del Comité Técnico Científico de la EPS, quien podrá reversar la decisión del profesional de la salud siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente

del caso específico del paciente.

Esta fue la regla jurisprudencial utilizada por esta Corporación en la Sentencia T-344 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) que revisó la decisión de un juez de tutela que concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de una persona que padecía de artritis reumatoide severa, circunstancia que llevó a que su médico tratante le prescribiera un medicamento por fuera del POS, cuya entrega fue negada por el Comité Técnico Científico bajo el argumento de la ausencia de utilización de las alternativas terapéuticas que sí estaban contempladas en el plan obligatorio.

Así mismo la Corte Constitucional mediante Sentencia T-1007 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló lo siguiente:

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden,⁶ así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo.⁷ De forma similar, la jurisprudencia ha considerado que el concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la E.P.S.: la opinión del profesional de la salud debe ser tomada en cuenta prioritariamente por el juez.⁸

2.4. En los casos de confrontación entre el concepto del médico tratante y el Comité Técnico Científico, situación que se presenta en el caso bajo estudio, la jurisprudencia ha seguido la regla general haciendo que prevalezca el concepto del médico sobre el del Comité, como se mostrará más adelante. Sin embargo, es preciso señalar que las razones que justifican que el concepto del médico tratante esté por encima de las consideraciones de funcionarios administrativos de la entidad, no pueden ser las mismas que justifiquen que ocurra lo propio frente al Comité Técnico Científico, pues la situación no es semejante. Mientras que aquellos son funcionarios administrativos encargados de garantizar el acceso a la salud de los afiliados, para lo cual deben atender los procedimientos y tratamientos ordenados por los médicos tratantes, el Comité Técnico Científico es un órgano de la E.P.S. encargado, entre otras funciones, precisamente de aprobar el suministro de medicamentos excluidos del P.O.S.”

En consecuencia, el juez de tutela para proferir una decisión respecto al suministro de medicamentos ordenados por el médico tratante, debe tener en cuenta que el dictamen del

galeno prevalece sobre las consideraciones del Comité Técnico Científico de la Entidad Prestadora de Salud.

4.4 La protección de la salud mental en conexión con el derecho fundamental a una vida digna.

Los usuarios que se encuentran en estado de debilidad manifiesta deben ser tratados por las entidades promotoras y administradoras de salud, conforme lo demanda su condición; tal es el caso de las personas que además de su condición de pobreza, sufren de trastornos o deficiencias mentales.

Los problemas mentales de una persona disminuyen su dimensión vital, al tiempo que ponen en riesgo la capacidad de relacionarse en sociedad y en general, se ven lesionados y amenazados sus derechos.

Así lo ha sostenido esta Corporación en sentencia T- 544 de 2002, (M.P Eduardo Montealegre Lynett), expresando que:

“3.1. Derecho a la salud de los enfermos mentales

En el caso de quienes padecen trastorno mental, esta noción general de la salud implica, además de la prosecución de los aludidos objetivos generales de bienestar y estabilidad orgánica y funcional, ‘la autodeterminación y la posibilidad de gozar de una existencia adecuada... que no les pueden ser negadas, y ellas son las que resulten más [convenientes] y ajustadas a su disminuida condición física y mental’.

“Debe recordarse entonces, que ‘la salud constitucionalmente protegida no hace referencia únicamente a la [integridad] física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona’.

“Se trata sin duda, de una garantía que está enraizada en el fundamento mismo del Estado Social de Derecho y que se concreta de diversas formas en los casos de quienes padecen dolencias particularmente gravosas. ‘Es claro que el Estado tiene una obligación

irrenunciable de favorecer especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como lo consagra el artículo 13 de la Constitución, y propender por su integración social, mas aún cuando el reconocimiento de la dignidad humana se refuerza y se integra al garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de las personas”.

Se concluye entonces, que las entidades prestadoras de los servicios de salud tienen el deber de impartir un trato preferencial a las personas que por sus condiciones de carácter económico, físico y mental se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta y requieran de sus servicios.

4.5 Alcance del Acuerdo No. 228 de 2002-Requisitos para el otorgamiento de medicamentos de denominación genérica o comercial.

Las Entidades Prestadoras de Salud están en la obligación de otorgar el medicamento comercial solicitado y no la versión genérica del mismo, salvo opinión de Comité Médico Científico de la entidad.

No obstante, el Acuerdo No. 228 de 2002 estableció la posibilidad de 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.

Dando alcance a lo anterior la Corte tuvo en cuenta que existía una nueva reglamentación en cuanto al suministro de medicamentos comerciales y genéricos, al respecto dijo:

“(…) 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 2002.⁹ De una lectura atenta del artículo cuarto del acuerdo mencionado¹⁰ 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.”¹¹ (subrayas fuera de texto)

En todo caso es prevalente la decisión de médico tratante para ordenar una droga excluida del plan obligatorio de salud, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.

En conclusión, las entidades prestadoras de salud tienen la facultad de suministrar tanto los medicamentos comerciales como los genéricos siempre que en ambos casos se cumpla con los requisitos anteriormente señalados y cuya eficacia y conveniencia debe ser señalada por el médico tratante.

No obstante, si el Comité Técnico Científico se niega a suministrar el medicamento comercial, deberá sustentar el suministro del fármaco genérico previa valoración de médicos especialistas en la respectiva patología y como resultado de una valoración de las condiciones de salud del afectado.

El caso concreto

En el caso objeto de revisión la acción de tutela se dirige, específicamente a obtener del juez constitucional una decisión mediante la cual se ordene al Servicio Occidental de Salud EPS, suministrar los medicamentos comerciales TEGRETOL y VALCOTE al señor Néstor Ricardo Delgado Páez, los cuales se ha negado ordenar con el argumento de no encontrarse los mismos dentro del POS.

Teniendo en cuenta tanto la situación fáctica como los pronunciamientos de la Corte Constitucional anteriormente planteados, esta Corporación considera que existe vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida del señor Néstor Ricardo Delgado Páez, al igual que a la subsistencia biológica, con la omisión de la entidad demandada de suministrar los medicamentos comerciales ordenados por el médico tratante al afectado, por cuanto los mismos son indispensables para su salud.

Al negarse a suministrar la entidad accionada los medicamentos comerciales ordenados por el médico tratante al afectado, le está ocasionando un deterioro en su estado de salud, comprometiendo el derecho fundamental a la vida desde el punto de vista de las condiciones dignas en las que debe desarrollarse su existencia. Pues según lo afirmó su hermano en el escrito allegado al expediente, los medicamentos genéricos le producen efectos negativos para su salud.

De acuerdo a las condiciones que deben reunirse para la procedencia de la inaplicación de las normas que rigen el Plan Obligatorio de Salud se tiene, que en el caso concreto se cumplen los requisitos anteriormente señalados; pues en primer lugar, los medicamentos requeridos, no solo fueron ordenados por el médico adscrito a la entidad de salud demandada, sino que además, la Neuróloga de dicha entidad justificó mediante copias allegadas al expediente, el suministro de los mismos, con el argumento de que la Epilepsia y los Síndromes Epilépticos Focales solo se controlan al afectado que padece de retardo mental, con los medicamentos TEGRETOL y VALCOTE.

En cuanto al requisito de que no debe existir en el POS un medicamento que supla o reemplace el excluido del mismo, para la inaplicación de la reglamentación que rige el Plan Obligatorio de Salud se tiene, que la entidad demandada, en ningún momento demostró que los medicamentos ordenados por el médico al afectado hubieran podido suplirse con otros que tuvieran el mismo nivel de efectividad para garantizar su salud.

De otro lado, según declaración allegada al expediente, rendida el 15 de junio de 2005 por el hermano del afectado, el mismo afirma, que es una persona que carece de recursos económicos para costear los medicamentos a su hermano, por cuanto devenga aproximadamente 150 mil pesos mensuales en el oficio de espiritista. Además no aparece demostrado en el expediente que al afectado se le hubiere reconocido la sustitución pensional solicitada ante la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, luego de la muerte de su progenitora.

En consecuencia, la Corporación procederá a revocar el fallo del Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, por cuanto además, la entidad demandada, desconoció la jurisprudencia que sobre el particular se ha proferido por esta Corte.

La Sala concederá en consecuencia la tutela solicitada y ordenará al Servicio Occidental de

Salud EPS que, si no lo ha hecho aún, proceda dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia a suministrar los medicamentos TEGRETOL y VALCOTE requeridos por el accionante en forma continua y sin retrasos.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta 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 el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, el día veinticuatro (24) de junio de 2005, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- En su lugar, CONCEDER la tutela para la protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida del señor Néstor Ricardo Delgado Páez y ORDENAR al Servicio Occidental de Salud EPS, si aún no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a ordenar el suministro de los medicamentos comerciales de acuerdo con la prescripción hecha por el médico tratante sin interrupciones ni retrasos.

TERCERO. INAPLICAR con base en el artículo 4º de la Constitución Política y para el caso concreto del señor Henry Hernando Delgado Páez en representación de su hermano Néstor Ricardo Delgado Páez, la norma reglamentaria del Plan Obligatorio de Salud que excluye los medicamentos TEGRETOL y VALCOTE.

CUARTO.- .-LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

2 Cf. entre otras, las sentencias T-409/95, T-556/95, T-281/96, T-312/96, T-165/97, SU.039/98, T-208/98, T-260/98, T-304/98, T-395/98, T-451/98, T-453/98, T-489/98, T-547/98, T-645/98, T-732/98, T-756/98, T-757/98, T-762/98, T-027/99, T-046/99, T-076/99, T-472/99, T-484/99, T-528/99, T-572/99, T-654/99, T-655/99, T-699/99, T-701/99, T-705/99, T-755/99, T-822/99, T-851/99, T-926/99, T-975/99, T-1003/99, T-128/00, T-204/00, T-409/00, T-545/00, T-548/00, T-1298/00, T-1325/00, T-1579/00, T-1602/00, T-1700/00, T-284/01, T-521/01, T-978/01, T-1071/01,

3 Cf. sentencias Nos. T-200/93 y T-165/95, entre otras.

4 Véanse entre otras, las sentencias SU-111 de 1997, SU-039 de 1998, T-494 de 2001, T-968 de 2002, T-578 de 2003.

5 Sentencia C-177 de 1998, (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

6 En la sentencia T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández) se consideró que: “La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica.”

7 En la sentencia T-665/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se decidió que “(...) la petición del solicitante: que cualquier médico lo pueda recetar y se le entregue el medicamento que diga aún quien no es médico tratante, es una solicitud abiertamente contraria al sistema de salud que existe en Colombia. Luego había razón para denegar la tutela.” Esta decisión ha sido reiterada recientemente en las sentencias T-749/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-256/02 (M.P. Jaime Araujo Rentería); sin embargo, es preciso indicar que en esta última aunque efectivamente se reiteró que a la E.P.S. sólo la obliga el concepto de un médico adscrito a la misma, se decidió que cuando se trate del derecho a la salud de un niño, y el dictamen sobre el cual se haya basado la reclamación haya sido proferido por un médico no adscrito a la E.P.S., ésta debe proceder a determinar si en realidad el menor necesita el medicamento mediante remisión a un médico adscrito a ella, en lugar de negarse a pagar la prestación solicitada por el menor.

8 Ver, entre otras, las sentencias T-666/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-155/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-179/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández).

9 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.”

10 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.

11 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).