

Sentencia T-1166/05

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro y entrega oportuna a menor de edad del medicamento Keppra

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental

Para que se proteja el derecho a la salud de un menor de edad por medio de la acción de tutela, no es necesario que el mismo se encuentre en conexidad con otro derecho fundamental, por cuanto en el caso de los niños dicho derecho es en si mismo fundamental y como tal debe tener la protección del Estado y de los particulares.

JUEZ DE TUTELA-Prevalencia del dictamen del medico tratante al momento de proferir el fallo

La jurisprudencia constitucional ha señalado en repetidas ocasiones, que el criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en los casos en que debe emitir una decisión relacionada con una solicitud de suministro de medicamentos o la realización de algún procedimiento, es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona. El juez de tutela entonces, para proferir su decisión deberá apoyarse en el criterio del médico tratante. Esta prescripción tiene carácter prevalente, a menos que el Comité Técnico Científico de la Entidad Prestadora de Salud, fundado en un concepto médico completo para el caso concreto y con la concurrencia de las opiniones de expertos en la especialidad médica de que se trate, demuestre la inconveniencia de lo formulado por el profesional de la salud.

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos que se encuentran contraindicados para menores de edad

DERECHO A LA SALUD-Medicamentos contraindicados en menores pueden suministrarse si así lo considera el medico tratante

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Negativa a suministrar medicamento por no encontrarse en el POS y estar contraindicado para menores de edad

Referencia: expediente T-1162392

Accionante: Rodrigo Vargas Romero en representación del menor Rodrigo Andrés Vargas Figueredo.

Demandado: FAMISANAR EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., diecisiete (17) 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 del fallo proferido por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá, en primera instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Rodrigo Vargas Romero en representación de su menor hijo Rodrigo Andrés Vargas Figueredo contra FAMISANAR EPS.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día dieciséis (16) de junio de 2005, el señor Rodrigo Vargas Romero en representación de su hijo de nueve años de edad Rodrigo Andrés Vargas Figueredo, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, salud e integridad física presuntamente vulnerados por FAMISANAR E.P.S por negarse a suministrarle el medicamento KEPPRA (levetiracetam), con los argumentos según los cuales, en primer lugar, dicho fármaco no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud y en segundo lugar, el mismo no está indicado por el INVIMA para menores de edad.

1.Hechos relatados por el accionante

1. "Mi hijo menor de 9 años de edad con tercer año de escolaridad básica Primaria tiene antecedentes de retardo en desarrollo psicomotor asociado a HEMIPARESIA ESPASTICA IZQUIERDA INATENCIÓN Y AGRESIVIDAD.

1. A la edad de 6 años le inició crisis autolimitadas focales, motoras, tónicas de hemicuerpo izquierdo con generalización secundaria tónico clónica asociadas a alteración de la conciencia, las cuales han ido aumentando en frecuencia (Tres veces por día por lo cual ha recibido diversos antiepilépticos tanto en mono como en politerapia incluyendo en orden de empleo así: FENOBARBITAL, ACIDO VALPORICO, CARBAMAZEPINA, OXCARBAMAZEÍNA ((HERITRODERMIA MEDICAMENTOSA vs SÍNDROME DE ESTEVEN JONSON), GABAPENTIN, FENITOINA, VIGABATRIN, TOPIRAMATO, ATIVAN Y CLOBASAM. Todas en dosis adecuadas y con adherencia comprobada sin que se tuviera ningún control satisfactorio de la crisis.

1. Esta atención hecha a través de LA FUNDACIÓN CARDIOINFANTIL la que en comunicación del 15 de abril del 2004 a FAMISANAR EPS conceptualizó: paciente con claro cuadro de epilepsia refractaria a la utilización de 10 N medicamentos antiepilépticos en foco epileptogénico focal frontal derecho el cual ha sido documentado por estudios de ELECTROENCELOGRAFIA, VIDEOELECTROENSEFALOGRAFIA, RESONANCIAS MAGNETICAS CEREBRALES Y SPECT ICTAL, por lo cual fue considerado candidato para una primera cirugía de epilepsia realizada el 24 de junio de 2004 sin resultados satisfactorios. Por lo tanto, también solicitamos si fuese necesario futuros tratamientos (medicamentos) y posible segundo procedimiento (cirugía).

1. Me encuentro afiliado a FAMISANAR y mi hijo tiene el uso de BENEFICIARIO y he venido cumpliendo con mis aportes en mi condición de afiliado.

1. En el desarrollo del tratamiento se ha hecho indispensable la aplicación de otro medicamento (KEPPRA, levetiracetam) siendo este la última alternativa posible formulado por el neuropediatra JUAN CARLOS PEREZ de la Fundación Cardioinfantil el día 11 de marzo de 2005. Se solicitó este medicamento ante el Comité Científico de FAMISANAR, el cual negó el suministro de éste, decisión tomada en la sesión del comité 1026 del 16 de febrero del 2005.

1. Con el fin de cumplir las exigencias dispuestas por FAMISANAR de un nuevo criterio médico de otro especialista recurrimos a la Clínica Colsubsidio con un nuevo criterio de la neuropediatra Martha C. Piñeros F. Quien confirmó la necesidad de este medicamento pero mediante comunicación de fecha 18 de marzo del 2005 con número de radicación 8952 y de conformidad del comité técnico científico número 1060 del 16 de marzo del 2005 RATIFICARON LA NEGATIVA DEL SUMINISTRO DE ESTE MEDICAMENTO.

1. Mi hijo menor requiere de este tratamiento de manera urgente, pues depende de él para mejorar su calidad de vida, ya que su evolución patológica requiere de su aplicación y la única forma que lo puedo obtener es por medio de la EPS a la que me encuentro afiliado, por que en primer lugar no cuento con recursos y solvencia económica para su suministro y en segundo lugar por intermedio de FAMISANAR en condición de EPS. Se puede obtener la autorización para que den vía libre a la entrega del medicamento por parte de la entidad competente de salud.

2. Fundamentos de la acción y pretensiones

El accionante considera que FAMISANAR EPS le está vulnerando los derechos a la vida digna, salud e integridad física de su menor hijo, al negarse a suministrarle el medicamento KEPPRA ordenado por dos médicos tratantes, como última alternativa para el tratamiento de su enfermedad Epilepsia Focal Sintomática Refractaria.

En consecuencia, solicita al juez de tutela proteger los derechos fundamentales a su hijo,

ordenando a FAMISANAR EPS el suministro del medicamento KEPPRA (LEVETIRACETAM).

3. Oposición a la demanda de tutela

3.1 Respuesta de FAMISANAR

Mediante escrito del 27 de junio de 2005 dirigido al Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá, el representante legal de FAMISANAR Ltda. afirmó, que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al menor, puesto que el medicamento KEPPRA (LEVETIRACETAM), no se encuentra incluido en el P.O.S, razón por la cual la entidad no está legalmente habilitada para suministrarlo, debiendo en estos casos los usuarios acudir al Comité Técnico Científico.

Agrega, que el Comité Técnico Científico No.1026 del 16 de febrero de 2005 revisó por primera vez el caso del menor en lo relacionado con el suministro del medicamento KEPPRA (LEVETIRACETAM) y manifestó, que según concepto de la Comisión Revisora del INVIMA, no se dispone de información para recomendar su uso en niños y adolescentes menores de 16 años.

La Subdirectora de Registros Sanitarios en escrito dirigido a la Coordinadora del Comité Técnico Científico de FAMISANAR informó, que con respecto al el medicamento KEPPRA, no ha sido demostrada su eficacia y seguridad para el uso en menores de 16 años; que por el contrario, se encuentra contraindicado su uso.

4. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Copia de la Historia clínica del niño Rodrigo Andrés Vargas Figueredo en donde la especialista en Neuropediatría de la Clínica Colsubsidio Martha C. Piñeros informó, que el medicamento levetiracetam (Keppra) se ha utilizado desde hace varios años en niños de otros países con adecuada respuesta en muchos casos, existiendo varios artículos médicos publicados, reportando la experiencia del tratamiento

4.2 Informe del Comité Técnico Científico de FAMISANAR con fecha del 18 de febrero de 2005, en donde le informa al padre del menor, que con respecto al medicamento KEPPRA, no se dispone de información para recomendar su uso en niños.

1. Informe de la Subdirectora de Registros Sanitarios dirigido al Comité Técnico Científico de FAMISANAR, en donde informa que el medicamento KEPPRA se encuentra contraindicado para niños y adolescentes menores de 16 años.(Fl.83)

1. Resumen de historia clínica del menor en donde el neurólogo infantil Juan Carlos Pérez afirmó que “Por lo tanto en espera de una nueva evaluación con miras de un nuevo procedimiento de cirugía de epilepsia, considero como posibilidad terapéutica, ya habiendo agotado los medicamentos del POS y también varios no POS, el iniciar el medicamento Levetiractan como adyuvante, teniendo en cuenta la eficacia y seguridad demostrada en algunos estudios clínicos con una dosis de 20 a 40 mg/kg/día” (Fl 53)

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de Unica instancia

En fallo del doce de julio de 2005, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá, decidió negar el amparo al derecho fundamental del accionante.

A tal decisión llegó el mencionado Despacho Judicial, después de considerar que lo que se trata de lograr con esta tutela es que se entregue un medicamento ordenado por el médico tratante, que no cumple con los requisitos para un menor de edad, tal y como lo informó el INVIMA y la misma EPS; concluye afirmando, que lo que se está haciendo con la negativa de la entrega del medicamento, es asegurar el bienestar del menor y además, conforme a lo manifestado por el Comité Técnico Científico de la EPS, existen otros tratamientos para mejorar el estado de salud del menor.

III. PRUEBAS ORDENADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante providencia del día veintiocho (28) de octubre del año en curso, la Corte Constitucional decidió ordenar a la Secretaría General de esta Corporación, que oficiara a la Liga Central contra la Epilepsia, a la Asociación Colombiana de Neurocirugía y al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que, en un término de dos (2) días hábiles contados a partir de la comunicación de dicho Auto, se pronunciaran acerca de si, desde el punto de vista médico y científico, el medicamento KEPPRA (LEVERITACETAM),

puede utilizarse para el tratamiento de la Epilepsia Focal Sintomática Refractaria en menores de edad con probabilidad de éxito para el control de la enfermedad y sin efectos secundarios que afecten la salud del menor.

Dichas comunicaciones se efectuaron mediante los Oficio OPT-A-203, 204 y 205 del 31 de octubre de 2005, respectivamente.

Al efecto, la Fundación Liga Central contra la Epilepsia mediante escrito del dos (2) de noviembre del presente año respondió: “Los estudios internacionales y las recomendaciones de medicación se han hecho básicamente en adultos, pero las necesidades de manejar epilepsias de características refractarias y viendo la bondad del producto desde el punto de vista de esta patología, se ha iniciado en el mundo entero la utilización de la medicación bajo la administración dosis/kilo, haciendo seguimiento estricto y con la autorización correspondiente de los padres.

Los resultados en forma general desde la época de lactancia hacia delante han sido en forma general satisfactorios”.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, acogió los argumentos expuestos por el INVIMA, en el sentido de que “El Kepra nombre comercial del levetiracetam es un medicamento para el tratamiento de la epilepsia que no debe ser utilizado en menores de 16 años de edad y el cual el INVIMA le aprobó su utilización solamente en pacientes adultos”.

Por su parte, la Asociación Colombiana de Neurocirugía, por medio del escrito del primero de noviembre del presente año manifestó que: “ La pregunta anotada en el oficio hace parte de la competencia de los Neurólogos clínicos y especialmente los Neuro-pediatras; son estos especialistas los calificados para dar respuesta.”

IV. 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 resulta violatoria del derecho fundamental a la salud del menor Rodrigo Andrés Vargas Figueredo, la actuación de FAMISANAR EPS, de negarse a suministrar el medicamento KEPPRA, con el argumento de que, en primer lugar, el mismo no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud y en segundo lugar, dicho fármaco está contraindicado para los menores de 16 años.

Con el propósito de desarrollar y resolver el problema jurídico planteado, esta sentencia de reiteración de jurisprudencia tendrá la siguiente estructura.

Inicialmente se hará alusión al hecho de que la Corte en reiteradas ocasiones ha considerado que el derecho a la salud, en sí mismo, adquiere en el caso de los niños el carácter de fundamental.

Posteriormente, se reiterarán las reglas formuladas por la jurisprudencia de la Corte, en aquellos eventos en los cuales, las Entidades Prestadoras de Salud deben suministrar medicamentos, pese a no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Todo esto con el fin de proteger los derechos fundamentales de quienes necesitan medicamentos o tratamientos para la protección de su vida.

En tercer lugar, la Corte se referirá a la importancia del dictamen médico para que el juez de tutela imparta una orden dirigida a que la entidad prestadora de salud suministre determinados medicamentos.

Finalmente, teniendo en cuenta las reglas reiteradas de la Corte, se procederá a resolver el problema jurídico planteado en el caso concreto.

V. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

1.El derecho a la salud, fundamental en los niños

No obstante, el artículo 44 de la Constitución enuncia varios derechos, entre ellos el de la salud, que en el caso de los niños son derechos fundamentales.

Su consagración en tales términos se explica por la especial protección de la cual quiso el Constituyente rodear a la niñez, dada su natural indefensión y la esperanza que representa para la sociedad.

En el inciso 2º del mismo artículo se consagra, como obligación de la familia, la sociedad y el Estado, la de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.

El artículo 2º de la Constitución Política considera entre los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los derechos en ella plasmados, entre los cuales están, desde luego, y con prelación, los que corresponden a los niños.

Además, de acuerdo con la Constitución en las disposiciones señaladas y en armonía con los principios de solidaridad que allí se establecen, surge tanto para el Estado, como para la sociedad y la familia el deber de suministrar protección privilegiada a los menores que se encuentran en una situación como la que se analiza.

De otro lado, ha señalado la Corte que la protección a la salud de los niños, a través de la acción de tutela, aunque no se demuestre la incapacidad económica de sus padres, puede proceder bajo determinadas circunstancias. Todo dependerá del caso concreto, en razón de que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental por sí mismo. Es decir, no es necesario demostrar la conexidad con otro derecho fundamental.

Sobre el derecho a la salud, cuando se trata de menores de edad “es en sí mismo un derecho fundamental”, principio reiterado por la Corte Constitucional. Así en la Sentencia T-1279 de 2001, dicha entidad se pronunció en los siguientes términos :

“En el presente caso basta, no obstante, recordar la tesis sostenida por la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas ocasiones en el sentido de que cuando se trata de niños en términos constitucionales, o sea personas menores de edad, el derecho a la salud es en sí mismo un derecho fundamental.¹

En efecto, como el propio texto constitucional lo señala en su artículo 44, el derecho a la salud de los niños es fundamental.² La Constitución de 1991 quiso dar una protección especial a ciertos sujetos en ciertos ámbitos, como por ejemplo a los indígenas en su

participación en el Senado de la República (artículo 171) o a las mujeres en los niveles decisorios de la administración pública (artículo 40). En el campo de la salud, uno de los grupos a los que el constituyente decidió brindarle una protección especial es a los niños. Al respecto dijo la Sala Cuarta de Revisión,

“Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.

Por su carácter de derecho fundamental, el Estado tiene entonces la obligación de garantizar la atención de la salud de los menores, bien porque las prestaciones que ello implica se hagan efectivas en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales (...)”³

Así pues, es claro que para que un juez de tutela conozca de una acción de tutela en la que se invoca la protección al derecho a la salud de un niño, no es necesario que exista conexidad⁴ alguna con cualquier otro derecho fundamental, pues como se dijo, en este caso la garantía constitucional adquiere la categoría de fundamental.

2.2. Ahora bien, el que el derecho a la salud, en sí mismo considerado, adquiera en el caso de los niños el carácter de fundamental no dice mucho sobre el alcance del derecho, así como tampoco sobre las limitaciones que sobre este puedan justificarse a la luz de la Constitución. Esto sin desmedro de que, en ciertas ocasiones se deriven de la norma sobre el derecho fundamental de los niños a la salud (art. 44 C.P.) derechos subjetivos concretos judicialmente exigibles de manera inmediata, en cabeza del menor titular del derecho. Un asunto es si un derecho ostenta el carácter de fundamental para determinar, entre otras cosas, los mecanismos idóneos para su protección, mientras que otro muy distinto es cuáles son los derechos subjetivos que se desprenden de la norma constitucional. El primer asunto se refiere a la exigibilidad del derecho y a las vías procesales idóneas para solicitar amparo judicial. El segundo toca con el alcance del derecho así como sobre los límites legítimos a su ejercicio para determinar los derechos subjetivos específicos que se encuentran dentro de su ámbito de protección en cada caso.” (sentencia T-1279 de 2001, M.P., doctor Manuel José Cepeda Espinosa)

En consecuencia, para que se proteja el derecho a la salud de un menor de edad por medio de la acción de tutela, no es necesario que el mismo se encuentre en conexidad con otro derecho fundamental, por cuanto en el caso de los niños dicho derecho es en si mismo fundamental y como tal debe tener la protección del Estado y de los particulares.

2. Requisitos que deben tenerse en cuenta para la inaplicación de las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud 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 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.

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 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.” 5

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.

3. Prevalencia del dictamen médico para que el juez de tutela imparta una decisión.

La jurisprudencia constitucional ha señalado en repetidas ocasiones, que el criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en los casos en que debe emitir una decisión relacionada con una solicitud de suministro de medicamentos o la realización de algún procedimiento, es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona.

Así entonces, el funcionario judicial antes de tomar una determinación deberá tener en cuenta el concepto del médico tratante de la persona que invoca la protección constitucional del derecho a la salud.

Así 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.”

El juez constitucional entonces, para proferir su decisión deberá apoyarse en el criterio del médico tratante. Esta prescripción tiene carácter prevalente, a menos que el Comité Técnico Científico de la Entidad Prestadora de Salud, fundado en un concepto médico completo para el caso concreto y con la concurrencia de las opiniones de expertos en la especialidad médica de que se trate, demuestre la inconveniencia de lo formulado por el profesional de la salud.

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 a FAMISANAR E.P.S, suministrar el medicamento KEPPRA al menor Rodrigo Andrés Vargas Figueredo, el cual ha sido negado, en primer lugar, con el argumento de no encontrarse dentro del P.O.S y en segundo lugar, por estar contraindicado para menores de edad, según registro sanitario del INVIMA.

La Corte verificará el cumplimiento de las reglas de procedibilidad de la acción de tutela en este caso, que claramente se enmarca dentro de la controversia acerca de la naturaleza jurídica adquirida por el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo, cuando se trata de los niños, en donde no es necesario que la misma se encuentre en conexidad con otros derechos de carácter fundamental para que proceda su protección por medio de la acción de tutela.

Primero. Para la Corte es claro que el no suministro del medicamento KEPPRA al menor para el manejo de las epilepsias de características refractarias, amenaza su derecho fundamental a la salud desde el punto de vista de las condiciones dignas en las que debe desarrollarse su existencia; con mayor razón aún si se tiene en cuenta que se trata de un menor de edad.

Segundo. En cuanto al cumplimiento de las condiciones para la inaplicación de las normas

que rigen el Plan Obligatorio de Salud se tiene en primer lugar, que la ausencia del medicamento requerido conlleva a la vulneración del derecho a la vida del menor ocasionando un deterioro en su estado de salud, impidiendo que la misma se desarrolle en condiciones dignas, pues como lo afirma el padre del menor en el escrito de tutela su estado de conciencia ha ido aumentando progresivamente hasta el punto de presentarse dichos episodios tres veces al día.

De otro lado, como lo manifestó el Neurólogo Infantil Juan Carlos Pérez Poveda, “ Por lo tanto en espera de una nueva evaluación con miras a un nuevo procedimiento de cirugía de epilepsia, considero como posibilidad terapéutica, ya habiendo agotado los medicamentos del POS y también varios no POS, el iniciar el medicamento Levetiracetam como adyuvante, teniendo en cuenta la eficacia y seguridad demostrada en algunos estudios clínicos con una dosis de 20 a 40 mg/kg/día”

Teniendo en cuenta el anterior concepto médico se evidencia, que no existe dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento que supla al fármaco KEPPRA excluido del mismo, y que tenga el mismo nivel de efectividad para el control de la enfermedad que aqueja al menor. En el mismo sentido, la entidad demandada no demostró la existencia de otras alternativas médicas.

En cuanto a la falta de recursos económicos de quien solicita los medicamentos, se ha dicho que: “le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del actor se tenga por acreditada dicha incapacidad. Lo cual es así por cuanto en esta hipótesis el dicho del extremo demandante constituye una negación indefinida que es imposible de probar por quien la aduce, corriendo entonces la carga de la prueba en cabeza del extremo demandado cuando quiera desvirtuar tal afirmación” (Sentencia T-113 de 2002 M.P. doctor Jaime Araujo Rentería).

Es así como en el presente caso, con relación a la falta de recursos económicos para costear el medicamento KEPPRA, el accionante manifestó en su escrito de tutela que no cuenta con recursos económicos suficientes para costear el mencionado fármaco, afirmación que en ningún momento fue desvirtuada por la entidad demandada.

Por último, en cuanto al requisito según el cual el medicamento excluido del plan obligatorio de salud debe haber sido ordenado por el médico tratante adscrito a la entidad demandada, se tiene que el medicamento KEPPRA fue ordenado por el Doctor Juan Carlos Pérez de la Fundación Cardio-infantil y avalado por la Doctora Neuropediatra de la Clínica Colsubsidio Martha C. Piñeros, adscrita a la entidad demandada FAMISANAR.

De otro lado, respecto a la justificación de la necesidad del suministro del medicamento KEPPRA, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso y las solicitadas por la Corte, se tiene en primer lugar, que la especialista de Neuropediatria Martha C. Piñeros de la Clínica Colsubsidio señaló que “ La medicación propuesta por el médico tratante: LEVETIRACETAM (Keppra) se ha utilizado desde hace varios años en niños de otros países con adecuada respuesta en muchos casos, existen varios artículos médicos publicados reportando la experiencia de tratamiento con el medicamento en mención en niños”

Además, de las pruebas solicitadas por la Corte Constitucional, la Fundación Liga Central contra la Epilepsia manifestó que: Los estudios internacionales y las recomendaciones de medicación se han hecho básicamente en adultos, pero las necesidades de manejar epilepsias de características refractarias y viendo la bondad del producto desde el punto de vista de esta patología, se ha iniciado en el mundo entero la utilización de la medicación bajo la administración de dosis/kilo, haciendo seguimiento estricto y con la autorización correspondiente de los padres.

Los resultados en forma general desde la época de lactante hacia adelante han sido en forma general satisfactorios.”

En el caso particular la Corte considera, que no obstante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses haber dicho que: “El Keppra nombre comercial del levetiracetam es un medicamento para el tratamiento de la epilepsia que no debe ser utilizado en menores de 16 años de edad y al cual el INVIMA le aprobó su utilización solamente en pacientes adultos”, acoge el criterio de los dos médicos tratantes del menor y el concepto rendido por la Fundación Liga Central contra la Epilepsia. Sin embargo, señala esta Entidad, que el suministro de dicho fármaco debe efectuarse bajo la supervisión permanente del médico tratante del menor.

Confrontados los hechos que motivaron la interposición de esta tutela, con lo dispuesto por la

Corte Constitucional anteriormente planteados se tiene, que la entidad demandada basándose por una parte en razones de tipo legal como que el medicamento ordenado por el médico tratante no se encuentra en el POS, ha negado el suministro una droga que es indispensable para la vida digna del menor, quien es persona que por su condición de debilidad manifiesta requiere por parte de la entidad demandada de un tratamiento especial.

En esta medida, la Corte encuentra que, en este caso, es la acción de tutela, el mecanismo adecuado para preservar los derechos fundamentales del menor, pues con la omisión de la entidad demandada de suministrar el medicamento KEPPRA, violó su derecho fundamental a la salud sometiéndolo a una situación de indefensión, en la cual se afecta su subsistencia digna.

En consecuencia, esta Corporación procederá a revocar el fallo del Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá, por cuanto además, la entidad demandada, desconoció la jurisprudencia que sobre el particular se ha proferido por esta Corte, a la que se hizo alusión en la presente acción de tutela.

La Sala concederá en consecuencia la tutela solicitada y ordenará a FAMISANAR 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 el medicamento requerido por el accionante, según la prescripción y permanente observancia del médico tratante.

VI. 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 Sexto Civil Municipal 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 del menor Rodrigo Andrés Vargas Figueredo y ORDENAR a FAMISANAR E.P.S, que 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 del medicamento KEPPRA de acuerdo con la prescripción hecha por el médico tratante y bajo su continua vigilancia.

TERCERO. INAPLICAR con base en el artículo 4º de la Constitución Política y para el caso concreto del señor Rodrigo Vargas Romero en representación del menor Rodrigo Andrés Vargas Figueredo, la norma reglamentaria del Plan Obligatorio de Salud que excluye el medicamento KEPPRA (levetiracetam).

CUARTO.- ADVERTIR a FAMISANAR EPS que podrá repetir contra el FOSYGA por el valor del medicamento que efectivamente no se encuentre incluido en el P.O.S. y que resulte necesario para la protección de los derechos fundamentales del accionante

QUINTO.-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 Entre otros fallos pueden verse los siguientes: T-075/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-286/98 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-046/99 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-887/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-414/01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-421/01 (M.P. Alvaro Tafur

Galvis). En todos ellos la respectiva Sala de Revisión consideró que el derecho a la salud de los niños es fundamental.

2 “Artículo 44 — Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, (...)”

3 Sentencia T-075/96; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

4 En varios casos la Corte ha derivado de la Constitución misma el derecho a que se practiquen cirugías o se suministren ciertos medicamentos, a pesar de no estar contemplados dentro del Plan Obligatorio de salud (POS), debido a que está en juego otra garantía constitucional. Por ejemplo: prótesis de las extremidades inferiores (T-941/00), atención integral de sida (T171/99 y T-1166/00), pañales a personas de la tercera edad (T-099/99), atender una inflamación crónica en la vejiga (T-975/99), suministro de viagra a personas con disfunciones sexuales (T-926/99) o drogas para la depresión (T-409/00).

5 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-237/03.

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).