

Sentencia T-190/07

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Atención integral y gratuita a cargo del Estado

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-  
Reiteración de jurisprudencia

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Presupuestos para asumir alto costo de tratamiento y  
medicamentos a enfermos de sida

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Su concepto no es  
requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD DE ENFERMA DE SIDA EMBARAZADA-Suministro por EPS de  
medicamento prescrito por el médico tratante

Referencia: expediente T-1484952

Acción de tutela instaurada por Catherine Sánchez Molina contra la Caja de Compensación  
Familiar -COMFENALCO del Valle del Cauca-

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara  
Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su  
competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Primero (1°) Penal Municipal  
de Cali y el Juzgado Dieciocho (18) Penal del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela

instaurada por Catherine Sánchez Molina contra la Caja de Compensación Familiar - COMFENALCO EPS, Valle del Cauca-.

## I. ANTECEDENTES

La Sala de Selección Número Doce (12) de la Corte Constitucional, mediante auto del siete (7) de diciembre de 2006, seleccionó la presente acción de tutela y la repartió a esta Sala para su revisión.

La señora Catherine Sánchez Molina instauró acción de tutela contra la Caja de Compensación Familiar -COMFENALCO EPS, Valle del Cauca-, para que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la salud previstos en los artículos 11, 48 y 49 de la Constitución Política respectivamente, y en consecuencia solicita que se ordene a COMFENALCO EPS, i) que en el término de cuarenta y ocho (48) horas le suministre el medicamento específico denominado “Nelfinavir” –conocido en su presentación original como “Viracept”- del laboratorio ROCHE, ii) que se haga entrega de los demás medicamentos antiretrovirales y profilácticos en las cantidades ordenadas por el médico tratante, iii) que se le preste una atención médica oportuna y eficiente que incluya la práctica de exámenes médicos y exoneración del pago de copagos y cuotas moderadoras en consideración a la gravedad de la enfermedad que padece y a su estado de embarazo.

### 1. La demanda de tutela

#### 1.1. La accionante sustenta su demanda en los siguientes hechos:

1.1.1. Refiere que se encuentra afiliada a la Caja de Compensación Familiar -COMFENALCO EPS, Valle del Cauca-, desde el cuatro (4) de abril de 2006.

1.1.2. Es una persona que se le diagnosticó como portadora del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), y actualmente se encuentra en estado de embarazo.

1.1.3. Debido a la gravedad de la enfermedad que padece el médico tratante le ordenó la práctica de un tratamiento retroviral, el cual es fundamental no sólo para evitar el avance del virus en su organismo, sino además con el fin de evitar que el bebé en formación se contagie con el virus del SIDA.

1.1.4. Dentro del tratamiento retroviral, el médico tratante le ordenó el suministro del medicamento específico conocido científicamente como NELFINAVIR -en su composición original se denomina VIRACEPT-.

1.1.5. El citado medicamento fue suministrado inicialmente por COMFENALCO EPS en su composición original conocida como VIRACEPT, fabricada por el laboratorio de ROCHE, sin embargo, la citada EPS cambió el laboratorio que suministraba el medicamento por cuestiones de recorte de presupuesto, por uno fabricado en el laboratorio Biotoscana, medicamento frente al cual ha presentado intolerancia desde el día en que tomó la primera dosis, en la medida en que le genera problemas de tipo digestivo, náuseas, mareos, entre otros malestares.

1.1.6. Informó a la enfermera que coordina el programa de tratamientos ritrovirales en COMFENALCO EPS sobre tal situación, esto es, que no tolera el medicamento que le suministraron proveniente del laboratorio Biotoscana , no obstante, en una consulta médica posterior le manifestaron que debido a inconvenientes de tipo administrativo no era posible seguir haciendo entrega del medicamento formulado y que produce el laboratorio ROCHE.

1.1.7. La negativa en el suministro del medicamento NELFINAVIR en su composición original, le ha generado graves perjuicios en su salud debido a la gravedad de la enfermedad que padece, además de que puede generar problemas colaterales de contagio en la salud de su hijo en gestación, a ello se suma que “no existe una diferencia marcada en el costo del medicamento entregado como un solo medicamento, pero sí existe un riesgo porque no se conoce la compatibilidad entre el compuesto de dos laboratorios diferentes”.

1.1.8. La patología que padece -SIDA-, tiene una replicación viral que ocurre en el organismo de forma continua y progresiva, por lo cual el medicamento que fue ordenado por el médico tratante como parte del tratamiento retroviral, debe ser suministrado en la dosis formulada y sin ningún tipo de interrupción.

1.2. Diligencia de Ampliación de Tutela rendida por la señora Catherine Sánchez Molina

La señora Catherine Sánchez Molina rindió ante el Juzgado Primero (1°) Penal Municipal de Cali, diligencia de ampliación de tutela, el catorce (14) de agosto de 2006.

No obstante, el problema radica en que “el médico tratante me ordenó el medicamento NELFINAVIR, el cual me lo estaban suministrando del laboratorio ROCHE, pero hace un mes que fui a reclamar dicho medicamento y me lo entregaron de otro laboratorio conocido con el nombre de BIOTOSCANA, (sic) y al empezar a tomar estas pastas que me toca tomar en cantidad de 10 diarias me empecé a sentir muy mal, ya que no tolero en primer lugar el sabor de éstas pastas, y en segundo lugar me produce náuseas ya que todo el día eructo el sabor a éstas pastas, por ese motivo consulté nuevamente al médico quién me recomendó que ensayara tomándomelas con yogur, con agua, con hielo, con jugos, con paletas, entonces atendía está recomendación del médico, pero todo con resultados negativos, ya que no puedo tolerar este medicamento porque de todas maneras las vomito. (...)

En estos momentos mi salud se está perjudicando mucho, debido a que no tolero este medicamento que es esencial en mi vida para el problema de VIH que presento, y así para que mi bebé salga sano, entonces yo lo que solicito en la presente acción de tutela es que por parte de COMFENALCO se autorice que me entregue (sic) el NELFINAVIR, pero del laboratorio ROCHE, ya que con las pastas de esta presentación no tengo ningún problema. (...)

Así mismo quiero manifestar que en una reunión de médicos que hubo en Comfenalco para tratar mi caso me manifestaron que como administrativamente no me podían seguir dando el NELFINAVIR de laboratorio ROCHE, me lo iban a cambiar por otro medicamento que se llama NEVIRAPINA, pero este medicamento es más fuerte que el primero, y lo que pasa es que el NELFINAVIR yo lo tolero, no tuve efectos adversos, mis defensas subieron y he tenido un buen resultado, ahora me cambian de medicamento y en mi etapa de embarazo que ya tengo 7 meses, este puede traerme efectos adversos como fiebre, náuseas, hepatitis y con la carga viral que yo presenté que fue mayor de diez mil copias, esto es, 30900 copias, el tratamiento adecuado es con la droga (sic) ZIDOVUDINA + LAMIVUDINA, asociado con NELFINAVIR, lo cual se encuentra consignado en el manual de procedimiento del Ministerio de la Protección Social.

Por lo anterior, quiero aclarar que el cambio de mi medicamento no lo están haciendo (sic) pensando en mi salud y en la salud de mi bebé sino el cambio lo están haciendo administrativamente, porque el medicamento que me dieron últimamente es más económico que el del laboratorio ROCHE (...).”

## 2. Argumentos de la Defensa

### 2.1 Caja de Compensación Familiar -COMFENALCO EPS, Valle del Cauca-

La Caja de Compensación Familiar -COMFENALCO EPS, Valle del Cauca-, actuando mediante apoderado judicial, intervino en la presente acción de tutela, con el fin de solicitar que sean denegadas las pretensiones formuladas por la señora Catherine Sánchez Molina, a partir de las razones que a continuación se sintetizan.

Afirma que la señora Catherine Sánchez Molina se encuentra afiliada a COMFENALCO EPS del Valle del Cauca, desde el cuatro (4) de abril de 2006, por lo que hasta el momento cuenta tan solo con ochenta (80) semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sostiene que se trata de una paciente de 26 años de edad, con embarazo de 20 semanas y con diagnóstico de VIH/SIDA, que desde hace dos (2) meses viene siendo tratada con Zidovudina+Lamiduvina (Combivir) asociado al Nelfinavir (5 tabletas cada 12 horas).

De otra parte, explica que aunque la señora Catherine Sánchez Molina no cuenta con las cien (100) semanas de cotización requeridas por la Ley, la EPS tiene como política el cubrimiento de su tratamiento en un porcentaje del cien por ciento (100%) y para ello se le han otorgado las autorizaciones necesarias y se le han prestado los procedimientos médicos requeridos de acuerdo con lo prescrito por el médico tratante “es más ni siquiera se le dio remisión a red pública sino que Comfenalco está asumiendo la totalidad de la atención”.

Finalmente advierte que las vacunas de hepatitis A y B se le autorizaron previo concepto del riesgo clínico emitido por el infectólogo tratante.

## 3. Decisiones judiciales objeto de revisión

### 3.1. Decisión de Primera Instancia

El Juzgado Primero (1°) Penal Municipal de Cali, mediante fallo del diecisiete (17) de agosto del año dos mil seis (2006), decidió conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados,<sup>1</sup> con fundamento en los siguientes argumentos.

Señala el a-quo que en el caso sub-exámene debe precisarse que “de conformidad a la

Reglamentación que rige el tópic del suministro de medicamentos a cargo de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), se tiene que en toda prescripción médica debe utilizarse la denominación genérica del fármaco conforme lo reza el artículo 4 del Acuerdo 228 de 2002, no obstante la norma en cita señala igualmente que la provisión de los mismos debe 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”.

Hace énfasis en que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que los cuatro (4) criterios antes referidos, esto es, calidad, seguridad, eficacia y comodidad, los debe determinar solamente el médico tratante -o dependiendo del caso el Comité Técnico Científico de la EPS-, puesto que éste es quien de acuerdo a su experticio y al conocimiento clínico del paciente puede establecer la eficacia del medicamento para el control de la patología de que se trate, y la calidad, seguridad y comodidad en su vida.

En ese sentido, aduce que en el caso de la señora Catherine Sánchez, el médico tratante con el fin de tratar su patología de SIDA, le ordenó el suministro del medicamento NELFINAVIR en su presentación comercial, fármaco que se encuentra incluido dentro del POS, luego, no puede “pretender la entidad accionada exonerarse del suministro del mismo aduciendo que solo se encuentra obligada a suministrar el mismo en su presentación genérica, puesto que como se ha dejado en claro la norma que reglamenta dicho tópic faculta a la entidad proveerlo en cualquiera de las dos presentaciones, prescripción legal que acompasada con la interpretación constitucional dada por la Corte Constitucional en su variada jurisprudencia, obliga a la entidad a proporcionar el fármaco conforme a lo determinado por el médico tratante”.

De otra parte, explica que “no puede perderse de vista que en el sub lite se encuentran en juego derechos fundamentales de inmenso valor jurídico y axiológico, cuya protección no puede ameritar una prolongación en el tiempo o esperar las resultas de un proceso judicial en la jurisdicción para tal efecto, puesto que en dicho lapso podría afectarse aún más la salud del paciente, incrementándose los riesgos frente a los cuales hoy se encuentra expuesta, razón por la cual debe dársele el tratamiento sugerido por sus médicos tratantes en forma oportuna, continua con el fin de garantizar o por lo menos posibilitar el goce real de sus

derechos fundamentales dentro de un marco mínimo de normalidad funcional, lo anterior teniendo en cuenta que la accionante en estos momentos se encuentra con 7 meses de embarazo y que por lo tanto se le debe brindar todo el tratamiento médico que requiere, máxime cuando dichos tratamientos y medicamentos son ordenados directamente por su médico tratante”.

Concluye, entonces, que si se tiene en cuenta que la señora Catherine Sánchez padece una enfermedad de las denominadas catastróficas y que el hecho de no recibir toda la atención que requiere coloca en grave riesgo su existencia y la de su bebé, vulnerándose así sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, la acción de tutela está llamada a prosperar, pues como quedó establecido le asiste el derecho a recibir por parte de su EPS el medicamento contenido en el Plan de Coberturas del Régimen Contributivo, conforme a la prescripción médica otorgada por su médico tratante, lo cual traduce que si éste último ha emitido la correspondiente orden con la denominación comercial del medicamento, así debe ser entregado por la EPS, a la paciente, salvo cuando el cambio lo realice la entidad, por medio de su Comité Técnico Científico, fundamentándose en la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.

La Caja de Compensación Familiar -COMFENALCO EPS, Valle del Cauca-, actuando mediante apoderado judicial, impugnó el fallo proferido en primera instancia, a partir de las consideraciones que se reseñan a continuación.

Afirma que en lo que “Comfenalco Valle desde junio de 2000 ha conformado un equipo multidisciplinario para la atención integral del paciente VIH +, con el cual se dio inicio a un programa que ha sido líder en la región por marcar la pauta en término de calidad, oportunidad, seguridad y pertinencia. En el mes de marzo se recibió dentro de los múltiples ofrecimientos comerciales que se hacen por parte de los proveedores, una posibilidad de dispensación de medicamentos para VIH, oncología y transplantes por parte de la empresa Biotoscana que incluía además una oferta económica, unos ofrecimientos de valor agregado que hicieron que Comfenalco Valle iniciara el estudio de esta nueva posibilidad de entrega de medicamentos”.

En ese entendido, advierte que Comfenalco Valle promovió apadrinar la creación de una

asociación de los pacientes que conviven con VIH, afiliados a esa EPS, dicha asociación lleva por nombre "Senderos", tiene personería jurídica y una junta directiva que tiene permanente comunicación con el equipo tratante y directivas de la EPS, a la fecha, 195 de los 210 usuarios han recibido su tratamiento y no se ha presentado ninguna reacción adversa o afectación de la calidad de vida de los pacientes.

De otra parte, explica que en el caso de las madres gestantes portadoras de VIH el tratamiento a seguir se conoce como terapia antiretroviral, el cual se debe ofrecer a toda mujer a partir de la semana 12 de gestación, y dentro de los medicamentos aprobados para usarse con la madre en gestación son la nevirapina, el nelfinavir, zidovudina, lopinavir y ritonavir.

Aduce que en el caso de la señora Catherine Sánchez "se detecta dificultad al deglutir nelfinavir, es claro que se requiere un cambio de terapia antiretroviral para mantener una carga viral indetectable y evitar la transmisión al recién nacido, los esquemas terapéuticos que son recomendados son: Un esquema de no nucleosidos y un esquema a base de inhibidores de proteasa como lo es el uso de lopinavir, rotinavir", adicionalmente, frente a la aseveración de que el médico tratante hubiera ordenado medicamentos de una marca específica, es conocido que las normas de formulación actuales lo impiden y que se deben entregar los medicamentos formulados con nombre genérico, de forma tal que, no se está cambiando ningún esquema previamente establecido por los médicos tratantes.

Aduce que con respecto al punto sobre la indicación de la nevirapina de acuerdo a carga viral, las guías de la Unión Europea y Onusida se enfocan en el uso racional de los recursos, sin embargo, este concepto es totalmente erróneo ya que no existe ninguna base científica para afirmar hoy en día que una paciente gestante con más de 10.000 copias no pueda recibir nevirapina, de forma tal que "ese documento tiene además graves errores (...) con la dosificación del nelfinavir que sugiere 5 tabletas en la mañana y 4 en la noche o tres cada ocho horas. Estas dosificaciones deben ser cinco cada 12 horas en el caso de las embarazadas y por tal razón las recomendaciones dadas por el documento deben ser interpretadas por un experto".

Finalmente, afirma que a la señora Catherine Sánchez se le ha prestado toda la atención en salud que ha requerido desde que empezó su gestación, atención que por demás se ajusta a

las necesidades de un paciente que padece de una enfermedad catastrófica como el SIDA, motivo por el cual, la acción de tutela no debe prosperar.

### 3.3. Decisión de Segunda Instancia

El Juzgado Dieciocho (18) Penal del Circuito de Cali, mediante fallo fechado el veintinueve (29) de septiembre del año dos mil seis (2006), decidió revocar la decisión proferida por el juez de primera instancia, exponiendo las consideraciones que enseguida se resumen.

En criterio del ad-quem, en la controversia sujeta a examen es claro que, la señora Catherine Sánchez Molina padece el virus de Inmunodeficiencia Adquirida VIH, por lo que está siendo tratada por un médico especialista, quien conocedor de la patología que padece y los riesgos que de ella se derivan para la salud y la vida de la tutelante, le ordenó entre otros los medicamentos Nelfinavir para su manejo. No obstante, “en las diferentes evoluciones se anota prescripción de Nelfinavir, sin que se especifique en ellas que debe ser por un laboratorio farmacéutico en particular, se estipula igualmente, la dificultad para deglutir el medicamento y las recomendaciones, pero se repite para insistir, el médico tratante por parte alguna asevera que para evitar los traumatismos que presenta la paciente, debe autorizarse la entrega del Nelfinavir de Laboratorios Roche como lo pretende la ofendida”.

Por otra parte, es claro que cuando se presente un cambio de medicamento de marca, le corresponde al médico tratante justificar las razones por las cuales procede el cambio de medicamento por uno genérico o de laboratorio si fuere el caso, con el fin de que dicha decisión pueda ser sometida al Comité Técnico Científico, y previa valoración se tome una decisión definitiva, situación que no se presentó en el caso sub-exámene, por tanto al no existir requerimiento en este sentido por parte del médico tratante, que sería lo que llevaría a adoptar otra posición, la tutela se torna improcedente.

Así las cosas, concluye que si bien la tutelante “se ve enfrentada a una grave enfermedad, no es menos cierto, que no le es dable al juez de tutela (sic) obligar a la entidad accionada, que haga entrega del medicamento Nelfinavir de Laboratorios Roche, como lo pretende la accionante, ya que ello solo es competencia del médico tratante”.

### 4. Actividad Probatoria

4.1. Documentos aportados por la parte accionante con la demanda de tutela:

a. Copia del Reporte de Consulta Ambulatoria de la señora Catherine Sánchez en la Fundación Clínica Valle del Lili. (Folios 9 a 12 del Expediente).

b. Copia de la Historia Clínica de la señora Catherine Sánchez expedida por Comfenalco EPS (Folios 13 a 17 del Expediente).

c. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Catherine Sánchez y del carné de afiliación a Comfenalco EPS. (Folio 18 del Expediente).

4.2. Documentos aportados por la parte accionante en diligencia de ampliación de tutela:

a. Fotocopia de las páginas 48 y 49 del Libro Proyecto Nacional de Reducción de la Transmisión Madre-Hijo del VIH, Manual de Procedimientos, medicamentos sugeridos para tratar la patología, (Folio 39 del Expediente).

b. Copia del examen de cuantificación de carga viral para VIH en el caso de la señora Catherine Sánchez, emitido por el Centro Internacional de Entrenamiento e Investigaciones Médicas CIDEIM. (Folio 40 del Expediente).

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela antes reseñadas, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36), así como en el auto de fecha siete (7) de diciembre de 2006 proferido por la Sala de Selección Número Doce (12) de esta Corporación.

### 2. Materia sometida a revisión

La señora Catherine Sánchez Molina quien a la fecha en que instauró acción de tutela contra la Caja de Compensación Familiar -COMFENALCO EPS, Valle del Cauca-, contaba con siete (7) meses de gestación, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la salud, los cuales considera vulnerados, toda vez que, dicha entidad sin previa formula del médico tratante, cambio el suministro del medicamento específico denominado

“Nelfinavir” –conocido en su presentación original como “Viracept”- del Laboratorio ROCHE, por otro denominado Nevirapina producido por el Laboratorio Biotoscana, fármaco éste último frente al cual presenta un alto grado de intolerancia, afectando en esa medida su salud y la de su hijo, toda vez que, con la toma de dicho medicamento se pretende evitar la evolución de la enfermedad del VIH y con ello el contagio del feto en gestación.

Los jueces de instancia resolvieron de manera diferente la acción instaurada.

El a-quo concedió el amparo constitucional solicitado, pues de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, es claro que, la señora Catherine Sánchez padece una enfermedad catastrófica, y por tanto el hecho de no recibir toda la atención que requiere coloca en grave riesgo su existencia y la de su bebé, vulnerándose así sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, en consecuencia, considera que le asiste el derecho a recibir por parte de la EPS accionada el medicamento contenido en el Plan de Coberturas del Régimen Contributivo, conforme a la prescripción médica otorgada por su médico tratante, lo cual traduce que si éste último ha emitido la correspondiente orden con la denominación comercial del medicamento, así debe ser entregado por la EPS, a la paciente, esto es, Nelfinavir producido por el Laboratorio Roche y no ningún otro.

Por su parte, el ad-quem revocó dicha decisión por estimar que cuando se presente un cambio de medicamento de marca, le corresponde al médico tratante justificar las razones por las cuales procede el cambio de medicamento por uno genérico o de laboratorio si fuere el caso, con el fin de que dicha decisión pueda ser sometida al Comité Técnico Científico, y previa valoración se tome una decisión definitiva, situación que no se presentó en el caso sub-exámene, por tanto al no existir requerimiento en este sentido por parte del médico tratante, que sería lo que llevaría a adoptar otra posición, a su juicio, la tutela se torna improcedente.

Corresponde a la Sala, entonces, analizar si los derechos fundamentales invocados por la señora Catherine Sánchez Molina, resultan vulnerados por parte de COMFENALCO EPS, al cambiar el suministro del medicamento Nelfinavir producido por el Laboratorio Roche, por otro fármaco producido por el Laboratorio Biotoscana, sin que mediara concepto médico favorable en ese sentido, en detrimento de la salud de la actora, al desconocer su avanzado estado de embarazo y la gravedad de la patología que padece pues se trata de una

enfermedad de tipo catastrófico.

3. El derecho a la salud es fundamental y en consecuencia su protección procede por vía de tutela

El derecho a la salud, se encuentra previsto en la Carta Política en el Capítulo II del Título II, bajo la denominación de “derechos económicos, sociales y culturales”. Es así, como el artículo 49 dispone que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y que se debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Así mismo, establece la norma referida que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control, y finalmente asigna a la ley la labor de señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional, si bien en un principio señaló que el derecho a la salud tiene un carácter prestacional o asistencial y que el mismo adquiere el rango fundamental, dada su conexidad con otros derechos<sup>2</sup>, en la actualidad afirma su carácter de derecho constitucional fundamental autónomo, dado que la “prestación del servicio de salud está íntimamente conectada con la realización misma del Estado social de derecho y de todos los propósitos que se derivan del artículo 2º de la Constitución<sup>3</sup>”.

Agrega la Corte “que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto”, pero que esto no comporta, “que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales<sup>4</sup>”.

4. Procedencia del amparo constitucional para proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas portadoras del VIH dado que quien padece dicha enfermedad catastrófica o ruinoso goza de especial protección constitucional

Esta Corporación ha manifestado en diversa jurisprudencia<sup>5</sup> que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida -VIH-SIDA- “constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas”.<sup>6</sup>

Así mismo, la Corte ha reconocido a los portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH-, como sujetos de especial protección constitucional en la medida en que dicha patología “los hace particularmente vulnerables a todo tipo de segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población propensa a ver vulnerada (sic) su dignidad y sus derechos a la igualdad, intimidad, salud, seguridad social y trabajo”<sup>8</sup>.

Sobre el particular, la Corte en la sentencia T-1199 de 2004,<sup>9</sup> se refirió a la enfermedad de VIH en los siguientes términos:

“Como ya se mencionó, la enfermedad del VIH/SIDA ha sido calificada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como catastrófica y ruinosa, toda vez que quien la padece se encuentra ante un padecimiento que conlleva el deterioro constante de su estado de salud, comprometiendo su integridad física y ocasionando, indefectiblemente, su muerte. Ésta situación, coloca al individuo en una situación de debilidad manifiesta toda vez que disminuye su posibilidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales, en especial el de la vida, el cual, solo puede ser protegido de manera efectiva si se proporcionan los tratamientos y se suministran los medicamentos destinados al control de tan grave enfermedad<sup>10</sup>”.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha reconocido que los portadores del virus del SIDA son sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual a este tipo de población, se le debe garantizar una atención médica integral y la posibilidad de exigir el suministro de la totalidad del procedimiento ordenado por el médico tratante, en la forma prescrita por éste, más aún cuando el tratamiento incompleto de dicha enfermedad u opuesto a las recomendaciones médicas, agrava su situación de indefensión y su estado de salud.<sup>11</sup>

En esos términos, la jurisprudencia constitucional, al analizar la normatividad vigente que

regula el suministro de medicamentos y tratamientos a los portadores del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida -SIDA-,<sup>12</sup> ha establecido ciertos presupuestos bajo los cuales las EPS<sup>13</sup> están obligadas a suministrar lo necesario para tratar la referida enfermedad, a saber:

i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las EPS a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos,

ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los previstos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud, esto es, a través del prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, entre otros.

iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual esté afiliado el paciente.

Así las cosas, esta Corporación ha concluido que “al ponderar el derecho a la salud o el de la vida misma de un paciente que padece VIH y el interés económico propio de las Empresas Promotoras de Salud, la acción de tutela es el mecanismo de defensa idóneo mediante el cual los jueces constitucionales deben procurar conciliar los intereses enfrentados y lograr el equilibrio entre la protección de uno y otro derecho, sin olvidar que predominan en todo caso, los derechos de quien es sujeto de especial protección constitucional, para el caso el portador del virus del SIDA”.<sup>14</sup>

## 5. Caso Concreto

5.1 La señora Catherine Sánchez Molina, reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la salud, porque la Caja de Compensación

Familiar -COMFENALCO EPS, Valle del Cauca-, sin previa fórmula del médico tratante, cambio el suministro del medicamento específico, que venía tomando para el tratamiento del virus de inmunodeficiencia adquirida -VIH- que padece.

Manifiesta que se encuentra en estado de embarazo, y que con ocasión al cambio de medicamentos realizado por la entidad accionada, ha venido presentando una serie de inconvenientes como náuseas, problemas digestivos, entre otros, dada su alta intolerancia al nuevo fármaco, afectando en esa medida su salud y la de su hijo, toda vez que, con la toma de dicho medicamento se pretende evitar la evolución de la enfermedad del VIH y con ello el contagio del feto en gestación.

En conclusión afirma que la actitud de la entidad accionada le causa graves perjuicios, toda vez que “en mi etapa de embarazo que ya tengo 7 meses, este puede traerme efectos adversos” y el cambio de medicamento “no lo están haciendo pensando en mi salud y en la salud de mi bebé sino el cambio lo están haciendo administrativamente, porque el medicamento que me dieron últimamente es más económico que el del laboratorio ROCHE (...)”.

5.2 La Caja de Compensación Familiar COMFENALCO EPS -Valle Del Cauca, por su parte, solicita que sean denegadas las pretensiones formuladas por la accionante, para el efecto sostiene que ésta entidad nunca ha dejado de suministrarle una atención integral en salud.

Refiere que ha practicado a la actora los exámenes ordenados, programado y autorizado todas las citas para control médico y que, en general, le ha suministrado el tratamiento médico prescrito, para atender la patología que padece.

El Juez de primera instancia concede la protección, fundado en que el médico tratante, con el fin de tratar su patología de SIDA le ordenó a la accionante el suministro del medicamento NELFINAVIR en su presentación comercial, fármaco que se encuentra incluido dentro del POS.

En consecuencia considera que la entidad accionada no puede eludir su responsabilidad, aduciendo que sólo se obliga a suministrar el medicamento que le fue prescrito a la actora en presentación genérica, “ puesto que como se ha dejado en claro la norma que reglamenta

dicho t3pico faculta a la entidad proveerlo en cualquiera de las dos presentaciones, prescripci3n legal que acompasada con la interpretaci3n constitucional dada por la Corte Constitucional en su variada jurisprudencia, obliga a la entidad a proporcionar el f3rmaco conforme a lo determinado por el m3dico tratante”, toda vez que, el suministro de medicamentos gen3rico debe corresponder a “criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente”.

En consecuencia el a quo dispuso que la entidad accionada suministrar3a a la accionante el medicamento contenido en el Plan de Coberturas del R3gimen Contributivo, conforme a la prescripci3n m3dica que as3 lo ordena, habida cuenta que la se1ora Catherine S3nchez padece una enfermedad de las denominadas catastr3ficas y el hecho de no recibir toda la atenci3n que requiera coloca en grave riesgo su existencia y la de su beb3, vulner3ndose as3 sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

El Juez Dieciocho Penal del Circuito revoca la orden de amparo, porque, a su parecer, conocido por la actora el cambio en la marca del medicamento prescrito por su m3dico tratante ha debido acudir ante el Comit3 T3cnico Cient3fico de la EPS, con el fin de que 3ste decida sobre la posibilidad de mantener la medicaci3n.

4.3 La Corte Constitucional ha manifestado que el concepto del Comit3 T3cnico Cient3fico no es un requisito indispensable para que el paciente pueda exigir los procedimientos o el suministro de los medicamentos ordenados por su m3dico tratante, toda vez que a dicho Comit3 le han sido asignadas funciones de tipo administrativo, que no se relacionan directamente con la prestaci3n de servicios m3dicos.

“El Comit3 T3cnico Cient3fico, pese a su nombre, no es en estricto sentido un 3rgano de car3cter t3cnico. No se trata, por ejemplo, de un grupo de m3dicos que tienen como funci3n someter a revisi3n cient3fica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del P.O.S. La exigencia de que tan s3lo uno de los miembros del Comit3 sea m3dico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la E.P.S. en el que se someten a consideraci3n las decisiones de car3cter m3dico, sino de un 3rgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, as3 como tambi3n garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud”. (Se subraya)<sup>15</sup>

Por las anteriores razones, la Corte ha entendido que los Comités Técnicos Científicos no son una instancia más, a la que los usuarios tienen que acudir, necesariamente, para obtener la asistencia que los mismos requieren.

Señala la Corte:

“En esta medida, la función principal del Comité Técnico Científico, debe ser la de garantizar la atención en salud, no pudiendo concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, “pues en la mayoría de los casos, la cantidad de trámites que imponen las empresas promotoras de salud, sin consideración a la gravedad o la necesidad de los tratamientos médicos solicitados, hacen que el paciente se agrave o fallezca en espera de un espera de un resultado”<sup>16</sup>.

En este orden de ideas, sin perjuicio del derecho de la EPS de acudir ante su Comité Científico, con el propósito de obtener pronunciamientos sobre los tratamientos prescritos, lo cierto es que el concepto del médico tratante es suficiente para que los pacientes accedan a los medicamentos, pues es éste quien, además de poseer los conocimientos médicos calificados, conoce su estado de salud y se encuentra en capacidad de determinar el medicamento o el procedimiento que más conviene a la recuperación de su salud<sup>17</sup>.

Establecido entonces que la señora Catherine Sánchez goza de especial protección constitucional, en los términos que ha señalado la Corte en su jurisprudencia,<sup>18</sup> dado que además de portadora del VIH se encuentra en estado de embarazo y que la misma pretende acceder al medicamento prescrito por su médico tratante, la sentencia de segunda instancia habrá de revocarse, para, en su lugar, conceder la protección.

Lo anterior si se considera que el Juez ad quem revoca la providencia que concede el amparo, aduciendo que la señora Sánchez Molina no ha acudido ante el Comité Técnico Científico de la accionada, requisito éste que compete adelantar a la accionada, con fines administrativos, si así lo considera.

De modo que el representante legal de COMFENALCO EPS dispondrá lo necesario para que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, se suministre a la actora “Nelfinavir producido por el Laboratorio Roche” y se continúe con el tratamiento, por el tiempo que su médico así lo disponga.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero. REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Cali el 29 de septiembre de 2006, dentro de la acción de tutela instaurada por Catherine Sánchez Molina contra la Caja de Compensación Familiar -COMFENALCO EPS, Valle del Cauca- y, en su lugar, CONFIRMAR el fallo que concede a la actora la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la salud, proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali el 21 de marzo de 2006.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de COMFENALCO EPS que disponga lo necesario para que la actora reciba el medicamento “Nelfinavir producido por el Laboratorio Roche”, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión y por el tiempo que su médico tratante así lo disponga.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

2 Al respecto consultar entre otras, las sentencias T-543/04, T-697/04, T-801/04, T-883/04 y T-946/04. Sobre el particular esta Corporación en sentencia T-1030 de 2001, señaló lo siguiente: “”En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha precisado que, salvo en el caso de los niños, el derecho a la salud no es fundamental sino una garantía de carácter prestacional, que bien puede convertirse en un derecho fundamental, por conexidad, si la ausencia de tratamiento pone en peligro un derecho fundamental de la persona, en especial los derechos a la integridad física y a la vida en condiciones dignas. En tal virtud, el derecho a la salud podrá ser amparado mediante la acción de tutela.”

3 Sentencia T-307 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

4 Idem.

5 Sobre el particular, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-586 de 2005 y T-1218 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

6 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-262 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería. Igualmente, se pueden consultar las sentencias T-505 de de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Cfr., sentencia T-586 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

8 Cfr., sentencia T-1218 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

9 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

10 Corte Constitucional, sentencia T-1012 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

11 Corte Constitucional, sentencia T-697 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

12 Se analizó especialmente, el Decreto 1543 de 1997, “Por el cual se reglamenta el manejo de la infección del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)” en el

cual se consagró, en el artículo 9, el derecho a la atención médica integral de la salud a las personas infectadas y las enfermas del VIH/SIDA. En la parte final de esta disposición, se dice: “Esta [la atención integral de la salud] incluirá los medicamentos requeridos para controlar la infección por el VIH y SIDA, que en el momento se consideren eficaces, para mejorar la calidad de vida de la persona infectada”.

13 Sobre el particular, consultar entre otras, las sentencias SU-480 de 1997, M.P. T-1120 de 2000, M.P. , T-1018 de 2001 M.P. , T-935 de 2001, M.P. y T-1120 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

14 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-1218 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

15 Sentencia T-053 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

16 Ibidem

17 “Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y SU-819/99 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)”.

18 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-586 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño