

Sentencia T-200/14

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás/DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

La jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor. El principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3.1), al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, EXAMENES O PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

En principio, el derecho fundamental a la salud es exigible por vía de tutela solamente respecto de los contenidos del Plan de Beneficios. Empero dicha regla no es absoluta, pues jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha sido enfática y reiterativa en señalar que, en ciertos eventos se pueden amparar prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios, con el fin de atender los mandatos de orden constitucional. Cuando un menor de edad requiere el suministro de un medicamento necesario para garantizar la salud aunque no se encuentre incluido en el POS, la Entidad Promotora de Salud debe autorizar su suministro, con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad, sin perjuicio de que la E.P.S. efectúe el recobro.

DERECHO A LA SALUD Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTO QUE NO TIENE APROBACION DEL INVIMA-Deben ser suministrados cuando una persona los requiera con base en la mejor

evidencia científica disponible

La Corte ha inaplicado disposiciones legales, cuando se trata de autorizar la entrega de medicamentos que no se encuentran incluidos en el POS o que no cuentan con registro Invima, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos, que ha hecho extensivos cuando se trata de entrega de fórmulas magistrales: (i) que la exclusión amenaza sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento no puede ser reemplazado por uno que esté contemplado en el POS y que tenga igual efectividad, (iii) que el paciente no puede asumir el costo del mismo y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS a la cual está afiliado.

DERECHO A LA SALUD Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTO QUE NO TIENE APROBACION DEL INVIMA-Orden a Secretaría Departamental y a la EPS valorar las condiciones de salud de la menor y determinar si aún requiere el medicamento

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Orden a Secretaría de Salud coadyuvar con la IPS encargada de la prestación del servicio de la menor, que suministre la información relacionada con las fórmulas magistrales que allí se comercializan y pueda recibirlo oportunamente

Referencia: expediente T-4.130.331

Acción de tutela instaurada por Daniela Ditta Pérez actuando en representación de su hija contra la Secretaría de Salud de Cesar y Dusakawi EPS.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., primero (1º) de abril de dos mil catorce (2014).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias Constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 16 de abril de 2013, en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar y en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Penal de Valledupar, el 18 de junio de 2013 en la acción de tutela instaurada por Daniela Ditta Pérez quien actuó en representación de María José Barros Ditta contra la Secretaría de Salud de Cesar y Dusakawi EPS.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

1. Afirmó la accionante que su hija, María José Barros Ditta de cuatro (4) años de edad, se encuentra afiliada a la EPS Dusakawi en calidad de beneficiaria.
2. Su hija padece RINITIS ALÉRGICA PERSISTENTE, motivo por el cual le fue practicada una cirugía denominada ADENOIDECTOMÍA Y TURBINOPLASTIA BILATERAL, en la EPS Dusawaki.
3. Indicó la peticionaria que como consecuencia de la cirugía practicada a su hija le fue ordenado por el médico tratante un medicamento denominado ALERGIS, el que fue negado por la EPS Dusawaki bajo el argumento que dicho medicamento estaba excluido del POS (Plan Obligatorio de Salud).
4. Dijo la accionante que ante la negativa de la EPS se dirigió a la Secretaría de Salud Departamental de Cesar, quien también negó la entrega del medicamento aduciendo que no se encuentra incluido en el POS y que no contaba con Registro del INVIMA.
5. Finalmente señaló que no estaba en condiciones económicas de sufragar los gastos para la obtención del medicamento, debido a sus escasos recursos económicos.

B. Pruebas.

1. Fotocopia de documento de identidad 1.064.789.242(contraseña) de la señora Daniela Esther Ditta Pérez. (f. 6.).

2. Fotocopia del Registro Civil de Nacimiento de la menor María José Barros Ditta, en donde se identifica como madre a la señora Daniela Esther Ditta Pérez (f. 7).

3. Fotocopia del “Formato de Evolución Médica suscrito el seis (6) de junio de 2012, por el médico otorrinolaringólogo Ángel Rodríguez en el Hospital Rosario Pumarejo López, donde deja constancia de los antecedentes de “rinitis alérgica persistente” que padece la menor María José Barros y ordena una inmunoterapia antialérgica con ALERGIS gotas para tratar la patología. (f. 8).

4. Fotocopia del Formato de Solicitud y Justificación Médica para Autorización de Medicamento NO POS, suscrita por el médico tratante, el 19 de febrero de 2013. Describe que la paciente padece “rinitis alérgica persistente, con obstrucción nasal” la que ha sido multitratada con medicamentos incluidos en el POS tales como Loratadina, Hidroxicina y Corticoides Nasales sin resultado alguno. Por ello ordenó una inmunoterapia antialérgica con un medicamento -NO POS- denominado “Alergis”. En este documento se aclara, que dicho medicamento no tiene contraindicaciones adversas para la salud, carece de sustituto y que no existen otras posibilidades de terapia en el POS. (f.9)

5. Fotocopia de Formato de Recetario Médico con fecha de 19 de febrero de 2013 en la cual se prescribe el medicamento ALERGIS gotas, por el término de 1 año. (f. 10)

6. Fotocopia del Formato de Negación de Servicios de Salud y/o Medicamentos de la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, con fecha de solicitud y diligenciamiento 4 de marzo de 2013, suscrito por la profesional especializada Dayssi Rocío Moreno Moreno, donde se establece que el medicamento “Alegis” está excluido del POS-S, según el Acuerdo 029 de 2011, artículo 49, literal 6.(f. 11).

7. Fotocopia del concepto suscrito por Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA -, mediante oficio SRS 304-128-06, suscrito por la Subdirectora de Registros Sanitarios y dirigido a Inmupharma Ltda, que autoriza a ese laboratorio para producir y envasar preparados magistrales para inmunoterapia en forma líquida oral e inyectable (alergénicos y bacterianos). En el escrito se señala que:

“Revisada la documentación allegada a la Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora considera que los alérgenos son medicamentos y que

transitoriamente pueden importarse como medicamentos vitales no disponibles. Así mismo se recomienda que se redacte una reglamentación teniendo como base una propuesta que presentará la Asociación Colombiana de Alergología tal como se decidió en reunión conjunta de esta sociedad con la Comisión Revisora.

Sin perjuicio del anterior concepto, es necesario tener en cuenta que INMUPHARMA LTDA cuenta con concepto FAVORABLE PARA PRODUCIR Y ENVASAR PREPARADOS MAGISTRALES PARA INMUNOTERAPIA EN FORMA LÍQUIDA ORAL E INYECTABLE (ALARGENICOS Y BACTERIANOS). Siendo este tipo de preparados fórmulas únicas a la medida de las necesidades del paciente, para uso inmediato no requieren para su comercialización de registro sanitario.”(f.46)

II. ACTUACIÓN PROCESAL

El 16 de abril de 2013, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar admitió la acción de tutela y ordenó notificar a “la Secretaría de Salud del Cesar y Dusakawi EPS” para que ejercieran su derecho de defensa.

A. Respuesta de las entidades accionadas

Mediante escrito presentado el 10 de abril de 2013, la Asociación de Cabildos Indígenas del Cesar y la Guajira (Dusakawi EPS) dio respuesta a la acción de tutela e indicó que de conformidad con los Decretos 2200 de 2005 y 2086 de 2010, solo se pueden “utilizar y ordenar medicamentos, insumos, dispositivos médicos que estén debidamente autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), para su comercialización y expendió en el país”, y únicamente por razones de interés público o salud pública. También expresó que la Resolución 3099 de 2008 otorga autonomía al Comité Técnico Científico para negar el suministro de dicho medicamento, al considerar que a la fecha no existen evidencias médico científicas o conceptos basados en la evidencia médica que indiquen la necesidad de suministrar ese insumo para garantizar la salud y vida de la menor María José Barros. Con base en lo anterior la EPS Dusakawi negó suministrar el medicamento prescrito.

Por su parte, la Secretaría de Salud Departamental de Cesar solicitó denegar el amparo y afirmó no vulneró ningún derecho fundamental de la paciente por cuanto el medicamento

recetado era de aquellos considerados como ALERGENOS – denominado inmunoterapia distinguida con el nombre de Alergis[1]-, los cuales conforme a la ley, requieren para su producción, envase, empaque, expendio y comercialización de registro sanitario expedido por el INVIMA o la autoridad sanitaria delegada. Afirmó que el laboratorio Inmupharma Ltda, encargado de la producción del insumo no cuenta con el registro sanitario que debe tener cada medicamento, para su venta, distribución y posterior uso humano, lo cual, concluye la entidad son motivos suficientes para reafirmar la negativa al suministro del insumo.

Por último, la Secretaria Departamental del Cesar[2], solicita se declare la improcedencia de la tutela y se ordene a la accionante, representante legal de la menor María José Barrios Ditta solicite un tratamiento reconocido por la organización Mundial de la Salud, que obedezca a medicamentos con registro sanitario INVIMA, para lo cual la menor debe ser valorada nuevamente por su médico tratante.

B. Decisiones que se revisan

– Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar, el dieciséis (16) de abril de dos mil trece (2013), negó en primera instancia la acción de tutela presentada por Daniela Ditta Pérez en representación de su hija menor de edad, María José Barros Ditta. Argumentó el juzgador que no existía constancia en el expediente de que el medicamento denominado Alergis, fuera el único que pudiera producir efectos favorables en la salud de la paciente y además porque con los soportes suministrados tanto por la Secretaría de Salud Departamental del Cesar como por la EPS Dusakawi se pudo establecer que el medicamento Alergis no tenía registro expedido por el INVIMA, lo cual exponía la vida de la menor al desconocerse los efectos secundarios. Pese a lo anterior, el juez de tutela ordenó a la EPS Dusakawi adelantar todas las gestiones pertinentes para que la menor fuera valorada por especialistas.[3]

– Impugnación del fallo

En el escrito de impugnación la actora sostuvo que el Juez fue inducido a error, porque las entidades accionadas apoyaron su defensa en una negativa distinta al hecho de ser un medicamento NO POS, para lo cual alegaron que el medicamento ordenado no poseía

registro INVIMA.[4] .

Con el propósito de demostrar que el medicamento formulado para el tratamiento de la alergia que padece su hija sí puede ser suministrado sin poner en riesgo su salud, aportó comunicación escrita emitida por la Subdirectora de Registros Sanitarios del INVIMA, en la que asegura que Inmupharma Ltda “cuenta con concepto FAVORABLE PARA PRODUCIR Y ENVASAR PREPARADOS MAGISTRALES PARA INMUNOTERAPIA EN FORMA LÍQUIDA ORAL E INYECTABLE (ALARGENICOS Y BACTERIANOS). Siendo este tipo de preparados fórmulas únicas a la medida de las necesidades del paciente, para uso inmediato[que] no requieren para su comercialización de registro sanitario”[5]

Por último, solicitó el suministro del medicamento prescrito por el médico tratante el que no requiere registro sanitario como lo dice el INVIMA pues la patología de su hija menor es persistente.

- Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala de Decisión Penal, el 18 de Junio de 2013 confirmó en su integridad la decisión del a-quo. Sostuvo que el medicamento formulado a la menor (Alergis gotas) estaba excluido del POS, y que además carecía de registro INVIMA, lo cual conforme a la jurisprudencia constitucional generaría un impedimento a dicho órgano juzgador para acceder a la petición de la accionante, máxime cuando la Secretaría de Salud Departamental del Cesar indicó que el medicamento requerido no tenía el aludido registro y carece de farmacología clínica; siendo entonces una fórmula en estado de experimentación, que no tiene reconocimiento por parte las asociaciones científicas a nivel nacional e internacional[6].

Rechazó la afirmación de la accionante quien manifestó que el medicamento prescrito ya había sido utilizado con éxito en otros pacientes, por no estar demostrado dentro del expediente, por tal motivo descartó la efectividad del medicamento para tratar la patología de la menor.

Por lo anterior consideró acertada la decisión de primera instancia, que negó el amparo deprecado, y ordenó a la entidad accionada determinar el tratamiento a seguir por la menor de conformidad con los protocolos y criterios médico-científicos que se consideraran

pertinentes.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 24, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

La señora Daniela Ditta Pérez, en representación de su hija menor de edad María José Barros Ditta, presentó acción de tutela contra la Secretaría Departamental del Cesar y Dasakawi EPS con el fin de que le fueran restablecidos los derechos fundamentales a la vida y a la igualdad, los cuales estima vulnerados por las citadas entidades, al negarle el suministro del medicamento Alergis-gotas necesario para tratar la enfermedad que padece su hija.

La accionante señaló que como consecuencia de una rinitis alérgica persistente, su hija fue sometida a una intervención quirúrgica -Adenoidectomía y Turbinoplastia - y que una vez superada la cirugía, su médico tratante le prescribió una Inmunoterapia Antialérgica con Alergis gotas, preparado magistral, el cual no se encuentra incluido en el POS y tampoco cuenta con el registro del INVIMA, razón por la cual las entidades accionantes le negaron el suministro de dicho medicamento.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta, le corresponde a esta Sala determinar si la Secretaría de Salud Departamental del Cesar y la EPS Dusakawi vulneraron los derechos fundamentales de la menor María José Barros Ditta, por negarse a suministrarle el medicamento Alergis-gotas bajo el argumento de no estar incluido en el POS y carecer de registro INVIMA.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia a: (i) El interés superior del menor y la especial protección del derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas. (ii) El suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Reiteración jurisprudencial. (iii) El trámite ante el Comité Técnico Científico para solicitar prestaciones excluidas del Plan de Beneficios, y (iv) El suministro de medicamentos que no cuentan con registro Invima, para luego entrar a decidir (vi) el caso concreto.

3. El interés superior del menor y la especial protección del derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas.

Respecto de los niños y las niñas, el artículo 44 constitucional consagró los derechos a la seguridad social y a la salud como derechos fundamentales. Así mismo consagró la norma constitucional que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, lo cual indica que la protección integral de sus derechos debe hacerse efectiva a través del principio del interés superior de los niños. Este principio constituye por tanto un criterio hermenéutico para la aplicación de todas las normas constitucionales y legales relativas a sus derechos.

Debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional[8] por ser una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”[9]. Lo anterior, ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos.

Se trata de un principio que condiciona el actuar de las personas y de las instituciones estatales y privadas al momento de la toma de decisiones en las que puedan verse afectados los niños o las niñas, ordenando valorar sus intereses como superiores[10]. En otras palabras, es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos de los menores.[11].

Bajo esta lógica es que la jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, “el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.”[12]

La protección constitucional del derecho a la salud de los menores de edad encuentra

desarrollo legislativo en el artículo 27 del Código de la Infancia y la Adolescencia el cual, entre otras cosas, establece que “[p]ara efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes (...)”.

Sin embargo, el alcance de estos derechos conforme al mandato del inciso 2 del artículo 93[13], no se agota en la letra de la Constitución, sino que se extiende a lo dispuesto en los distintos tratados internacionales que igualmente ordenan darle un trato preferente y garantizar de manera efectiva el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

El principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño[14] (artículo 3.1), al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

El Comité de Derechos del Niño[15], órgano de interpretación autorizado de la Convención en mención, señaló en su Observación General No. 5 que en el párrafo 1 del artículo 3 respecto del principio del interés superior del niño que todas “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, deberán en sus decisiones atender este principio y velar porque con ellas no se afecten ni directa ni indirectamente los derechos o intereses del niño..[16]

Por otra parte, tratándose de la garantía del derecho fundamental a la salud de los menores, los Estados Partes de la Convención reconocieron “el derecho de los menores al disfrute del más alto nivel posible de salud” (Artículo 24). De este modo, se comprometieron a asegurar la plena aplicación de este derecho y a adoptar medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia sanitaria necesaria a todos los niños.

Sobre el particular, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reafirmó en su Observación General No. 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” que “la consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y

el adolescente”.

Respecto del derecho a la salud del las niñas, niños y adolescentes es preciso tener en cuenta que éste debe garantizarse atendiendo al principio de integralidad, el cual incluye atención preventiva, médico quirúrgica y el suministro de medicamentos esenciales para la recuperación efectiva de la salud del menor de edad, aunque para ello se requiera inaplicar el POS.

El suministro de medicamentos excluidos del Plan de Beneficios. Reiteración jurisprudencial

En principio, el derecho fundamental a la salud es exigible por vía de tutela solamente respecto de los contenidos del Plan de Beneficios. Empero dicha regla no es absoluta, pues jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha sido enfática y reiterativa en señalar que, en ciertos eventos se pueden amparar prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios, con el fin de atender los mandatos de orden constitucional.

“[L]a exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, [POS] no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que (...) el juez Constitucional [al] examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos[17].

Esta posición, ha servido como base para que esta Corporación en reiteradas ocasiones tutele los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, frente a la negativa de las Entidades Promotoras de Salud -E.P.S- de conceder insumos o medicamentos a sus pacientes por no estar incluidos dentro del Plan de Beneficios.

De ahí que la Corte en sentencia T-539 de 2013 haya tutelado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un menor de edad, que padecía de insuficiencia renal y que requería para el tratamiento del Síndrome Nefrótico Cortirresistente el suministro del medicamento Tracrolimus que se encontraba excluido del Plan obligatorio de Salud, al

considerar que la negación de medicamentos por parte de la Entidad Promotora de Salud, tornaba indigna la existencia del paciente debido a que no le permitía el goce de una óptima calidad de vida, impidiéndole desarrollarse plenamente. Así mismo señaló respecto de los derechos del menor “que tanto las autoridades públicas y los particulares deben garantizar su desarrollo integral, teniendo especial cuidado de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas”

Con los mismos argumentos la Corte en sentencia T-244 de 2003, amparó el derecho a la salud y a la vida digna de una menor de edad que padecía una insuficiencia de la hormona del crecimiento por lo que su médico tratante ordenó tratamiento con una hormona denominada Norditropin, la cual se encontraba excluida del POS. La Sala en esa ocasión, ordenó a la EPS demandada la entrega del medicamento, porque a juicio de esta Corporación, la enfermedad que padecía la menor, comprometía el desarrollo de una vida digna en condiciones de igualdad respecto de otras menores.

Ahora bien, como toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida del niño es merecedora de protección constitucional, la acción de tutela es el medio judicial más idóneo para proteger el derecho fundamental a la salud del menor cuando se encuentre amenazado o vulnerado por la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud. En la Sentencia T-860 de 2003, dijo la Corte:

“La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’, [19] debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. [20] En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad. [21]”

Por otra parte, cuando se trata de suministro de medicamentos a afiliados al régimen subsidiado es preciso tener en cuenta que de conformidad con la regulación vigente, los medicamentos y procedimientos no contemplados en el Plan de Beneficios, deben ser asumidos por las entidades territoriales con cargo a los recursos del régimen de transferencias y los subsidios a la oferta, recursos que deben ser administrados por las Secretarías Departamentales de Salud, para hacer efectiva la prestación de los servicios

solicitados por los afiliados. Sin embargo la Corte aclaró que de manera excepcional las Entidades Promotoras de Salud deben prestar el servicio excluido del P.O.S, con cargo a sus recursos, no solamente cuando el servicio de salud sea urgente sino también cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de los menores de edad, entre otros[22], sin perjuicio de que posteriormente solicite el recobro de los insumos o tratamientos ante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

Ha sido consistente la jurisprudencia constitucional en el sentido de considerar que se vulnera el derecho fundamental a la salud cuando se niega al paciente un medicamento excluido del POS, en los siguientes eventos:

“(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 (ii) que se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, 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 (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).[;] (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante” (en nota al pie: Cfr. T-1204 de 2000, T-355 de 2012 y T-020 de 2013.)

Otro aspecto a considerar es que si bien la prestación del servicio médico requiere adelantar determinados trámites administrativos, éstos no pueden resultar tan excesivos y engorrosos que impongan a las personas una carga desproporcionada que hagan nugatorio el derecho fundamental a la salud. Por esta razón la jurisprudencia constitucional en sentencia T-1016 de 2006 señaló que se “irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico.’[23]

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en manifestar que el concepto de

Comité Técnico Científico, no puede convertirse en una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud. máxime cuando “el tiempo de espera fijado por la normativa resulta entonces desproporcionado frente a la necesidad de garantizar el goce efectivo y oportuno del derecho [fundamental] a la salud”[24].

En fin, muchas veces el acatamiento estricto del Plan de Beneficios conlleva a la vulneración de derechos fundamentales, tales como, el derecho a la vida digna y a la integridad personal. Razón suficiente, por la cual esta Corporación ha obligado a las Entidades Promotoras de Salud a suministrar los servicios que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios, sin que se tenga que recurrir a trámites administrativos engorrosos, que no deben soportar. Por consiguiente, la Corte creó una serie de condiciones o subreglas que permiten, de una u otra forma, evidenciar en qué casos se puede inaplicar el Plan de Beneficios.

El suministro de medicamentos que no cuentan con registro Invima.

Respecto del suministro y comercialización de preparaciones magistrales, que no están en el POS y no tienen Registro Invima se debe tener en cuenta que la Resolución No. 1403 del 14 de mayo de 2007, “Por la cual se determina el Modelo de Gestión del Servicio Farmacéutico, se adopta el Manual de Condiciones Esenciales y Procedimientos y se dictan otras disposiciones” expedida por el Ministerio de la Protección Social, dijo:

“preparación magistral es el preparado o producto farmacéutico para atender una prescripción médica, de un paciente individual, que requiere de algún tipo de intervención técnica de variada complejidad.

El objetivo de las preparaciones magistrales es satisfacer la necesidad individual de un paciente determinado, en relación con uno o más medicamentos que no se encuentran en el mercado nacional y que en criterio del médico tratante debe(n) utilizarse en la farmacoterapia.

Las preparaciones magistrales se pueden elaborar en los establecimientos farmacéuticos autorizados, en los términos de la presente reglamentación, y servicios farmacéuticos habilitados de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Para la elaboración de las preparaciones magistrales, (...) para cumplir con las dosis prescritas y reempaque y/o reenvase de medicamentos dentro del Sistema de Distribución de Medicamentos en Dosis Unitaria, para pacientes hospitalizados y/o ambulatorios en casos especiales, se deberá contar con las siguientes condiciones esenciales: infraestructura física, dotación, recurso humano y protocolos pertinentes, determinadas por la naturaleza de las preparaciones magistrales que se deban realizar, teniendo en cuenta la forma farmacéutica, el tipo de preparación y el número de unidades, peso o volumen a preparar.

Se contará con una documentación que permita demostrar la correcta realización de cada una de las etapas de la elaboración y el cumplimiento del sistema de gestión de calidad, por parte de los responsables de cada actividad dentro de la respectiva preparación. En todo caso, los soportes estarán bajo la responsabilidad del director...”

De la anterior reglamentación se desprende que los establecimientos farmacéuticos deberán contar con autorización del Invima para la preparación de fórmulas magistrales y que será esta autoridad la encargada de la inspección, vigilancia y control de los mismos, quien expida el certificado de Buenas Prácticas de Elaboración (BPE), sin que se exija registro sanitario para su suministro y comercialización.

Cabe agregar que la Corte ha inaplicado disposiciones legales, cuando se trata de autorizar la entrega de medicamentos que no se encuentran incluidos en el POS o que no cuentan con registro Invima, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos, que ha hecho extensivos cuando se trata de entrega de fórmulas magistrales:

“(i) que la exclusión amenaza sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento no puede ser reemplazado por uno que esté contemplado en el POS y que tenga igual efectividad, (iii) que el paciente no puede asumir el costo del mismo y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS a la cual está afiliado.” [25]

Al efecto, téngase en cuenta que como se dijo en la sentencia T-421 de 2007, respecto de lo dispuesto en la ley de ética médica -Ley 23 de 1981- que la “relación médico paciente se constituye en el elemento primordial de esta práctica científica, fundada en un compromiso responsable, leal y auténtico” es por ello que el médico deberá aplicar el método clínico indicado y suministrar por escrito la prescripción médica que corresponda, “previa

evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional” según lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2200 de 2005 “por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones”.

Finalmente, de acuerdo a las disposiciones legales que regulan el ejercicio de la profesión médica, sólo a los médicos les compete ordenar los tratamientos médicos que a bien consideren, pues sobre ellos recae la competencia para ordenar los servicios médicos, ya que “...el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante.”[26]

Es decir, el concepto del médico tratante debe ser tenido en cuenta para establecer si se requiere un servicio de salud en razón a que es él quien tiene el deber de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes generándose, en consecuencia, una responsabilidad por los tratamientos y medicamentos que prescriba para el efecto.

Igualmente es preciso señalar que, de acuerdo a la Resolución 548 de 2010:

“Artículo 4º. Funciones. El Comité Técnico-Científico tendrá las siguientes funciones:

1. Evaluar, aprobar o desaprobar el suministro de los medicamentos o de los servicios incluidos en las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera tanto del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como del Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas.”

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entra la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración.

6. Caso Concreto

A continuación se usará la misma estructura de análisis que se empleó para estudiar el caso concreto en la sentencia T-706 de 2010.

La señora Aurora Daniela Ditta Pérez, en representación de su hija menor de edad María José Barros Ditta, presentó acción de tutela contra la EPSI Dusakawi y la Secretaría Departamental del Cesar para que suministraran el medicamento Inmunoterapia Antialérgica (ALERGIS) que es un preparado magistral, necesario para tratar la enfermedad que padece la menor. Las entidades accionadas se negaron al suministro del medicamento con el argumento de que no se encontraban incluido en el POS y no contaba con el registro del INVIMA. Por esta razón la accionante solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud y a la igualdad, los cuales estimó fueron vulnerados por las citadas entidades.

Al respecto, corresponde a esta Sala, establecer si se vulneró el derecho fundamental a la salud por parte de la accionada al negarse a suministrar del medicamento “Alergis”, prescrito por el médico tratante a la menor María José Barros Ditta para el tratamiento de la enfermedad que padece aunque el mismo no se encuentre en el POS y carezca de Registro INVIMA.

De conformidad con lo expuesto la menor María José Barros Ditta fue sometida a una cirugía denominada “Adenoidectomía y Turbinoplastia bilateral” y como tratamiento post quirúrgico le fue ordenado por el término de un año una inmunoterapia alérgica con un medicamento denominado “Alergis” [27]-; por su parte el médico tratante en formato para solicitud y justificación para los medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio, señaló que la menor fue tratada con medicamentos POS (Loratadina, Hidroxicina y Corticoides Nasales) sin obtener resultados favorables para su salud; también señaló que el medicamento formulado no presentaba contraindicaciones adversas para la paciente y que no encontraba un medicamento sustituto en el Plan Obligatorio de Salud.[28].

El acceso a los servicios médicos pretende el restablecimiento de la salud con calidad de vida de la paciente y es el médico tratante el competente para determinar los medios y procedimientos necesarios para el logro de tal fin. Adicionalmente, se debe señalar que corresponde al Comité Técnico Científico evaluar en cada caso concreto, si las ordenes médicas expedidas por el médico tratante son las adecuadas para restablecer la salud del

paciente y no obedecen por el contrario a un criterio subjetivo y caprichoso del mismo, máxime cuando se trata de medicamentos que se encuentran por fuera del POS y no cuenta con registro Invima.

De acuerdo con la Resolución 548 de 2010 del Ministerio de protección Social, la prescripción de medicamentos excluidos del POS requiere de aprobación por parte del Comité Técnico Científico. En el presente evento de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso no existe respuesta a la solicitud y justificación médica para autorización del medicamento No POS suscrito por el médico tratante el 19 de febrero del 2013, por parte del Comité Técnico Científico (CTC) sobre el suministro del medicamento Alergis-gotas, omisión que vulnera el derecho a la salud de la hija de la accionante pues ha impedido que se resuelva sobre la entrega del medicamento ordenado u otro que le sustituya y sirva para restablecer la salud de la menor.

Aunque esta negligencia del CTC, es suficiente para considerar vulnerado el derecho a la salud de la menor y dictar medidas encaminadas a su amparo, como pasa a exponerse, ninguno de los argumentos planteados por las entidades accionadas en los escritos de respuesta a la acción de tutela es de recibo.

Como quiera que el medicamento Alergis-gostas es una fórmula magistral, debe tenerse en cuenta que los preparados requieren para su uso y comercialización del certificado de las Buenas Prácticas de Elaboración -BPE-[29], más no así de registro del INVIMA, de acuerdo con lo cual ni la EPS, ni la Secretaría de Salud del Cesar podrían negar el suministro del medicamento aduciendo que carecía de registro Invima, pues no lo necesitaba. Tampoco éste podría ser el argumento para que los jueces de instancia negaran el amparo del derecho a la salud de la menor, máxime cuando el médico tratante aseguró que el medicamento mejoraría su salud y no tenía sustituto en el POS, aspectos que debieron ser considerados por los jueces de tutela.

La falta de definición sobre el suministro del medicamento por parte de los prestadores de salud para el tratamiento de la enfermedad que padece la menor exige la adopción de medidas que hagan efectivo el principio de integralidad del derecho a la salud de la menor.

Para el efecto es preciso tener en cuenta que desde la presentación de la acción de

tutela[30] hasta la fecha ha transcurrido un tiempo considerable durante el cual las condiciones médicas de la menor pudieron modificarse, por lo cual se ordena al médico tratante, que en el término de ocho (8) días determine si la menor aún requiere del suministro de “Alergis-gotas”, practique todos los exámenes y suministre los medicamentos necesarios para el restablecimiento de la salud de la menor. También se dispone, que de requerirse aún el mencionado medicamento, la solicitud[31] se someta a estudio por parte del Comité Técnico Científico, quien sólo podrá objetar el suministro por razones científicas que sean contrarias a la salud de la menor María José Barros Ditta, el cual deberá pronunciarse en un término igual sobre la autorización del medicamento NO POS.

Así mismo ordenar a la Gobernación del Cesar – Secretaría de Salud-, para que coadyuve a la IPS encargada de la prestación de los servicios de la menor en lo que respecta a la información relacionada con los preparados magistrales que allí se comercializan.

Por último, se debe considerar que las personas deben ser protegidas en sus derechos fundamentales, y más aún si se trata de menores de edad, pero también se debe exigir el cumplir de los deberes legales impuestos.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias dictadas por la el Juzgado Primero Penal del Circuito de Conocimiento del Distrito Judicial de Valledupar, el 16 de abril y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar – Sala de Decisión Penal, el 18 de febrero ambas del año dos mil trece [32](2013), en las que se negaron las acciones de amparo constitucional, para en su lugar, CONCEDER la protección constitucional solicitada por la señora Daniela Ditta Pérez en representación de su hija María José Barros Ditta.

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría Departamental del Cesar y a la EPS Dusakawi, para que dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia remitan a la menor María José Barros Ditta a cita con su médico tratante, para que valore sus

condiciones de salud, determine si aún requiere “Alergis-gostas”, practique los exámenes necesarios y suministre los medicamentos que requiera para el tratamiento de su enfermedad y en caso de persistir la necesidad de suministrar dicho medicamento, envíe el caso a estudio del respectivo Comité Técnico Científico quien tendrá el mismo plazo para pronunciarse de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de esta sentencia; si el medicamento no es objetado, deberá efectuarse su entrega en un término de cuarenta y ocho (48) horas.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaría de Salud del Cesar que coadyuve con la IPS, encargada de la prestación del servicio de la menor que suministre la información relacionada con las fórmulas magistrales que allí se comercializan, a fin de que la menor si aún requiere Alergis gotas, pueda recibirlo oportunamente y de acuerdo a las normas que regulan la materia.

Cuarto.- ADVERTIR a la EPS Dusakawi, para que se abstenga de realizar acciones administrativas que no permitan el cumplimiento de la presente sentencia.

Quinto.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaría General

Aclaración de voto de la Magistrada

María Victoria Calle Correa

a la Sentencia T-200/14

MEDICO TRATANTE-Persona idónea para determinar cuál es el tratamiento médico a seguir frente a patología concreta (Aclaración de voto)

Desde el inicio de la jurisprudencia se ha resaltado la importancia del médico tratante como la persona que cuenta con el conocimiento y con la formación ética y profesional para decidir qué servicio de salud requiere una persona. Toda decisión médica se debe adoptar con base en información científica, en la mejor evidencia con que se cuente en ese momento. Pero, teniendo en cuenta la incertidumbre que en muchas ocasiones estas decisiones conllevan, son los médicos las personas que cuentan con el criterio suficiente para adoptar una decisión acerca de cómo proceder y cómo actuar con precaución y, a la vez, con determinación. La profesión médica asegura además, que la persona encargada de tomar la decisión cuente con una formación de carácter humanista, que le permita decidir cómo actuar en situaciones que junto a los retos científicos, imponen desafíos éticos y jurídicos.

PROFESIONAL DE LA SALUD-Exigencia más intensa que la de otras profesionales liberales (Aclaración de voto)

La protección de la relación entre el paciente y su médico tratante, es una de las formas importantes de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud de toda persona. Defender la voz de los profesionales de la medicina en cada caso que conocen de manera directa, es una forma de defender los principios y valores propios de esta profesión que, como se dijo, no sólo se refieren a lo técnico y a lo científico, sino también a cuestiones humanas y éticas, como los principios que inspiran el juramento hipocrático.

RELACION MEDICO-PACIENTE-Importancia (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-4130331

Acción de tutela instaurada por Daniela Ditta Pérez actuando en representación de su hija contra la Secretaría de Salud de Cesar y Dusakawi EPS

Magistrado ponente

Alberto Rojas Ríos

Jurisprudencia hipocrática

La decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-200 de 2014 reitera, en buena hora, la jurisprudencia constitucional que ha garantizado la autonomía y la primacía de los profesionales de la salud, en el contexto de la relación entre el médico y el paciente. Siguiendo la línea trazada por la jurisprudencia, la Sala tuteló el derecho a la salud de una persona, y removió los obstáculos irrazonables que había impuesto una entidad que se negaba a suministrarle un medicamento que requiere, de acuerdo con lo dispuesto por su médico tratante. Mi aclaración en esta ocasión es para celebrar y resaltar la importancia de esta decisión judicial y, en general, de la línea jurisprudencial que esta posición continúa.

1. Desde el inicio de la jurisprudencia se ha resaltado la importancia del médico tratante como la persona que cuenta con el conocimiento y con la formación ética y profesional para decidir qué servicio de salud requiere una persona. Toda decisión médica se debe adoptar con base en información científica, en la mejor evidencia con que se cuente en ese momento. Pero, teniendo en cuenta la incertidumbre que en muchas ocasiones estas decisiones conllevan, son los médicos las personas que cuentan con el criterio suficiente para adoptar una decisión acerca de cómo proceder y cómo actuar con precaución y, a la vez, con determinación. La profesión médica asegura además, que la persona encargada de tomar la decisión cuente con una formación de carácter humanista, que le permita decidir cómo actuar en situaciones que junto a los retos científicos, imponen desafíos éticos y jurídicos.

Ahora bien, como bien lo aclara la sentencia T-200 de 2014, la primacía con que cuenta la posición del médico tratante no es absoluta; no implica necesariamente la última palabra.

En principio, lo que determine el médico tratante, el profesional de la salud con las competencias y el conocimiento del caso concreto del paciente, es lo que se ha de considerar por 'requerido'. No obstante, como lo ha reconocido la jurisprudencia y la regulación, la posición del médico tratante puede ser desatendida, siempre y cuando tal decisión se adopte con base en lo dispuesto por otros médicos, con la experticia necesaria y el conocimiento del caso concreto de que se trate. Es decir, la voz que en último término deberá decidir que requiere un paciente, es la voz de la medicina, no la de un médico concreto y particular. Lo dicho por un médico tratante puede ser cuestionado y puesto en duda por parte de una entidad encargada de garantizar el acceso a los servicios de salud, si y sólo si, su rechazo se funda también en la decisión de profesionales de la medicina, que haya conocido de cerca el caso. La voz de la medicina es racional. Puede ser criticada y sometida a examen entre pares, mediante criterios médicos, objetivos y públicos, en especial en lo que respecta a sus dimensiones técnicas y científicas. Es pues el criterio médico aplicado a la situación de la persona concreta y específica de que se trate, lo que le da legitimidad a la decisión médica.

2. En este contexto de defensa del criterio médico se enmarca la jurisprudencia constitucional que ha hecho prevalecer el concepto del médico tratante sobre el cumplimiento de los requisitos de registro del INVIMA. La sentencia T-200 de 2014 funda su decisión, entre otras, en la sentencia T-706 de 2010, en la cual se había estudiado un caso similar, y se decidió que las preparaciones magistrales no requieren registro del INVIMA y que, por tanto, la ausencia de tal registro no es una razón aceptable para obstaculizar el acceso a un servicio de salud que se requiera. Este precedente judicial hace parte de una línea jurisprudencial que busca proteger la primacía y autonomía del criterio médico en la relación con el paciente, por encima, por ejemplo, de las decisiones de órganos como el INVIMA (la cual ha tenido desarrollos ulteriores). Así, una de las sentencias de esa línea, a la cual se hizo referencia, es la sentencia T-418 de 2011, en la cual se dijo al respecto lo siguiente,

"[...] la jurisprudencia ha especificado que en la medida que el fundamento de la decisión médica debe partir de la información objetiva con que se cuente, el hecho de que un medicamento no haya sido aprobado por el INVIMA para ser comercializado nacionalmente, no implica que el mismo tenga carácter experimental. Si un medicamento tiene o no tal condición, no depende de los procedimientos administrativos que se estén adelantando,

sino de la mejor evidencia con que cuente la comunidad médica y científica al respecto. Expandiendo la jurisprudencia que sobre la cuestión había fijado la Corte Constitucional en materia de servicios de salud distintos a medicamentos, considerados experimentales,[33] señaló que un medicamento no puede ser considerado experimental cuando, pese a ser novedoso, se emplee frecuentemente por los médicos, y sus efectos secundarios se conozcan, sean previsibles y controlables en los pacientes.[34]

Cuando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter. Sólo con base en información científica aplicada al caso concreto de la persona de que se trate, podría una entidad del Sistema de Salud obstaculizar el acceso al medicamento que le ordenó su médico tratante. Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible.”[35]

En esa oportunidad, la Sala llegó a las siguientes conclusiones y decisiones:

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la sala reitera que: (i) toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios que requiera; (ii) el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, son los criterios mínimos para establecer si un servicio de salud se requiere; (iii) cuando el servicio de salud que se requiera es un medicamento, este deber ser ordenado de acuerdo con su principio activo, salvo casos excepcionales; (iv) los medicamentos que aún no han sido autorizados por el INVIMA deben ser suministrados cuando se requieran, con base en la mejor evidencia científica disponible; y (v) los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo. Específicamente, la Sala reitera que (vi) la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida de los planes de servicios, por considerar que se requiere, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (1) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (2) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.

En tal sentido (vii) Es irrazonable desconocer el concepto del médico tratante únicamente

por razones formales [concretamente, porque no está en el plan de servicios o porque su comercialización amplia y general no ha sido autorizada oficialmente aún en el país], especialmente sí el médico se fundó en la mejor evidencia científica y médica disponible, aplicada al caso concreto de la persona de que se trate.

Adicionalmente, la Sala concluye que (viii) obstaculizar el acceso a los medicamentos que se requieren y han demostrado ser de calidad, seguridad, eficacia y comodidad, es especialmente violatorio del derecho a la salud cuando, además, representan una alternativa significativamente mejor en términos económicos.”[36]

Por las razones expuestas, es claro que la sentencia T-200 de 2014 reitera la jurisprudencia constitucional que busca defender la autonomía y la capacidad del profesional de la salud. La protección de la relación entre el paciente y su médico tratante, es una de las formas importantes de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud de toda persona. Defender la voz de los profesionales de la medicina en cada caso que conocen de manera directa, es una forma de defender los principios y valores propios de esta profesión que, como se dijo, no sólo se refieren a lo técnico y a lo científico, sino también a cuestiones humanas y éticas, como los principios que inspiran el juramento hipocrático.

Fecha ut supra.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

[1] Este medicamento no cuenta con farmacología clínica, pues el Bacterius, es una fórmula magistral en etapa de experimentación, por consiguiente no cuenta ni tiene reconocimiento de las asociaciones científicas a nivel nacional e internacional, por lo que se cataloga como experimental, aclara la Secretaría de Salud Departamental del Cesar.

[2]Folio 28

[3]Folio 35

[4]Folio 42 a 45

[5]Folio 43

[6]Folio 52 a

[7] Artículo 13. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2510 de 2003. Del registro sanitario. Todos los productos de que trata el presente Decreto requieren para su producción, importación, exportación, procesamiento, envase, empaque, expendio y comercialización de Registro Sanitario expedido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, o por la Autoridad Sanitaria delegada previo el cumplimiento de los requisitos técnico científicos sanitarios y de calidad previstos en el presente Decreto.

[8] Ver sentencias T-307 de 2006, T-754 de 2005, T-907 de 2004, T-143 de 1999.

[9]Sentencia C-172 de 2004.

[10]Sentencia T-227 de 2006.

[11]Artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

[12]Sentencia T-907 de 2004.

[13]El artículo 93.2 señala “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

[14]Adoptada en Colombia mediante Ley 12 de 1991.

[15]COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”Distr. GENERAL CRC/GC/2003/5 27 de noviembre de 2003 ESPAÑOL. 34º período de sesiones 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003.

[16] Una aproximación al concepto del interés superior del niño, lo trae BAEZA CONCHA, para quien es: “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 28, núm. 2, p. 356.

[17]Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 1999

[18]Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2008, T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

[19] Según la Constitución (art. 44), “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)”. Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

[20] Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996, SU-225 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000 y T-819 de 2003.

[21] Sentencia T-860 de 2003. En la sentencia T-223 de 2004 y T-538 de 2004 la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POSS.

[22]Corte Constitucional. Sentencia T-1089 de 2007.

[24]Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 2011. por medio del cual se declaró exequible condicionalmente el artículo 27 de la Ley 1438 de 2011.

[25]Ver sentencia T-706 de 2010, T-173 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-884 de 2004, M.P. Humberto Sierra Porto, T-1328 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto y T-1214 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto

[26]Ver Sentencias T-706 de 2010 y T-427 de 2005.

[27] El médico tratante prescribió “Inmunoterapia Antialérgica (ALERGIS) gotas en la orden médica del 19 de febrero de 2013,.

[28]Folio 9

[29]Resolución 1403 de 2007 expedida por el Ministerio de la Protección Social.

[30]4 de abril de 2013

[31] La solicitud ante el Comité Técnico Científico deberá realizarse conforme a lo establecido en las Resoluciones 1403 de 2007 y 548 de 2010.

[33] Corte Constitucional, sentencia T-597 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil). En este caso se indicó al respecto: “Esta Sala pudo constatar que tal afirmación no corresponde a estándares comúnmente aceptados en la ciencia médica, pues los galenos consultados: los especialistas en oncología, y en trasplantes -entre ellos el mismo director del Instituto-, y el epidemiólogo clínico, afirmaron que el trasplante mieloablativo de médula con donante compatible no relacionado no es experimental. Por el contrario, según todos los médicos consultados, este procedimiento se practica como alternativa terapéutica en pacientes con leucemias refractarias a la quimioterapia y sin donantes compatibles relacionados desde hace más de 35 años en varias partes del mundo. Ahora bien, independientemente de que la opinión dada por el Dr. Joaquín Rosales corresponda al estado actual de la ciencia médica, en todo caso, al considerar que los tratamientos presentados podían considerarse experimentales, la E.P.S. ha debido conformar el comité técnico científico con la presencia de un epidemiólogo clínico que los evaluara científicamente.”

[34] Corte Constitucional, sentencia T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso se consideró al respecto lo siguiente: “Es claro pues, a partir del criterio científico tanto de los doctores citados, como del médico tratante, que etanercept, pese a ser novedoso, no es un medicamento en fase experimental. Se trata de una droga que emplean los médicos, y cuyos efectos secundarios se conocen, son previsibles y controlables en los pacientes. ”

[35] Corte Constitucional, sentencia T-418 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa; SV Mauricio González Cuervo). En este caso se resolvió, entre otras cosas, “ORDENAR a Comfenalco Valle EPS que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre a la señora María Amparo Cano Bevacizumab (Avastin) aplicación intravitrea, ambos ojos, 100mg.*4ml., dosis única mensual. || [...] RECONOCER que a Comfenalco Valle EPS tiene derecho a recobrar ante el FOSYGA los costos en que incurra, y que en virtud de la legislación y regulación vigente, no este obligada a asumir. || [...] SOLICITAR al Ministerio de la Protección Social

que en el término de 15 días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, informe de forma precisa lo que se ha hecho para remover los obstáculos y barreras que impidan a las personas acceder a los medicamentos y drogas que requieran y no han sido aprobados para su comercialización nacional. En especial, deberá informarse acerca de la razonabilidad de las condiciones del recobro para dichos medicamentos. Se deberá remitir copia de la información a la presente Sala de Revisión y a la Sala de Seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008.”

[36] Corte Constitucional, sentencia T-418 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa; SV Mauricio González Cuervo). Esta sentencia ha sido reiterada en varias ocasiones, entre otras las sentencia T-042 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo), T-209 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-539 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chlajub), T-939 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-061 de 2014 (MP Nilson Pinilla Pinilla, SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).