

Sentencia T-209/13

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental autónomo

El derecho a la salud en el caso de los menores de edad goza además de una particularidad que realza su prevalencia en el ordenamiento constitucional interno. Este tribunal ha reconocido en abundante jurisprudencia que el derecho a la salud de las niñas y niños tiene el carácter fundamental por la consagración expresa que en este sentido hace el artículo 44 de la Carta. De la misma manera, los distintos instrumentos de derecho internacional reconocidos por Colombia señalan inequívocamente que los menores de edad son considerados sujetos de especial protección y acreedores de un mayor amparo por parte del Estado y la sociedad.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Sujetos de atención integral y preferente en salud mental

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD E INTEGRALIDAD EN EL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Cuando se trata de sujetos de especial protección o en casos de enfermedades graves, no es aceptable constitucionalmente que la entidad responsable suspenda la atención por razones económicas o administrativas

La atención integral en salud es una obligación ineludible de todos los entes encargados de la prestación del servicio y su reconocimiento es procedente vía tutela, siempre y cuando “se haya concretado a priori una acción u omisión que constituya una amenaza o vulneración de algún derecho fundamental”. Además, la orden de prestación integral del servicio de salud “debe estar acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, la cual bajo ningún supuesto puede recaer sobre situaciones futuras e inciertas.” El principio de continuidad de la atención en salud, por su lado, parte de la premisa de que hay interrupciones del servicio constitucionalmente inaceptables. Se busca garantizar así que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Es importante precisar que para la jurisprudencia “puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de

resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios". Si bien es válido que una institución encargada de prestar el servicio de salud pueda finalizar la segunda de acuerdo con las normas correspondientes, ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud. Claro está que la afirmación anterior no implica que de manera indefinida las Empresas Promotoras de Salud tengan que atender cualquier dolencia que desde la vinculación afecte al afiliado. Aunque no existe un límite de semanas ni meses preestablecido, la Corte Constitucional ha señalado que el criterio para identificar hasta dónde va la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio está determinado por el momento en que otra entidad, sea pública o privada, asuma de manera efectiva la atención en salud del paciente.

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Requisitos

DERECHO A LA SALUD-Criterios para suministro de medicamentos incluidos y excluidos del POS/PLAN DE BENEFICIOS UNIFICADO EN SALUD-Regulado por el Acuerdo 029 de 2011

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministro de medicamento excluido del POS para menor que sufre retraso mental moderado

Referencia: acción de tutela interpuesta por María del Carmen Padilla López, en representación legal de su hijo David Bustamante Padilla, contra Coomeva EPS (T-3.729.781).

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil trece (2013)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido, en una sola instancia, por el Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, dentro del expediente de tutela T-3.729.781.

I. ANTECEDENTES

María del Carmen Padilla López interpuso acción de tutela, como representante legal del menor David Bustamante Padilla, contra Coomeva EPS, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y el derecho prevalente de los niños, ante la negativa de la entidad demandada de suministrar el medicamento Risperidona a su hijo y brindarle una atención integral en salud. Fundamenta su solicitud en los siguientes:

1. Hechos

1. Relata la accionante que su hijo fue afiliado en calidad de beneficiario del sistema general de seguridad social en salud, régimen contributivo, a través de Coomeva EPS, pero posteriormente fue retirado como resultado de su desvinculación laboral.

2. Manifiesta que el menor es un “paciente de 11 años de edad con diagnóstico de retraso mental moderado y deterioro del comportamiento significativo”[1].

3. Afirma que la médico tratante de Coomeva EPS ordenó, dentro de la vigencia de la afiliación, el suministro del medicamento Risperidona. En la justificación de servicios no POS elaborada por la profesional en salud se presentó el siguiente resumen de la historia clínica del paciente:

“niño de once años con diagnóstico de retardo mental en grado moderado. Antecedente de atraso psicomotor, camina a los dos años, primeras palabras también por la misma época. Embarazo difícil, amenaza de parto pretérmino [sic] al sexto mes, parto sin aparente dificultad, nace con hipotermia y dificultad respiratoria. No convulsiones.

Repitencia escolar. Ahora en segundo. No sabe leer ni escribir, no realiza operaciones matemáticas sencillas. Es inquieto, impulsivo, agresivo. No duerme bien. No reconoce límites del peligro

(...)

con el metilfenidato no se observa control de su impulsividad. El paciente requiere tratamiento farmacológico para su impulsividad ya que este tipo de conductas afectan su desempeño social”[2].

4. Sostiene que pese a la expresa remisión médica “Cooameva EPS dilató injustificadamente la autorización del suministro del medicamento no POS y ahora el estado de la afiliación es de retiro y no lo entrega”[3]. Por último, pone de presente que el servicio requerido es muy costoso y que no puede financiarlo por su cuenta.

5. En razón a lo anterior, la señora Padilla interpuso acción de tutela el 8 de octubre de 2012 con el objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y el derecho prevalente de los niños. Solicita que la entidad demandada autorice y suministre en el término de 48 horas el medicamento Risperidona, así como le brinde al menor el tratamiento integral requerido por su patología.

2. Trámite procesal

Mediante auto del 9 de octubre de 2012, el Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín admitió la acción de tutela y corrió traslado a Coomeva EPS para que se pronunciase acerca de los hechos materia de la acción.

3. Contestación de la entidad demandada

“si no es posible prestarle servicios de salud [al menor] por intermedio de la entidad, ello no obedece a mala fe de la misma, sino a la imposibilidad legal para ello, por cuanto a partir del momento del retiro como cotizante, dejó de ser usuario nuestro y por lo mismo el vínculo legal se tornó inexistente”[4].

Con respecto a la solicitud de atención integral, la entidad adujo que no era posible mediante la acción amparar “derechos inciertos y futuros que no se sabe si van a ser demandados o no por parte de los accionantes”[5].

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

En fallo de única instancia del 22 de octubre de 2012, el Juzgado 4º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín negó la acción de tutela promovida. Al abordar el caso concreto, el a quo sentenció que: “no se avizora vulneración de derecho fundamental alguno por parte de Coomeva EPS, pues el menor quien se encontraba afiliado como beneficiario, actualmente se encuentra retirado de la EPS accionada desde el día 23/08/12”[6].

III. PRUEBAS

La accionante allegó con su escrito de tutela los siguientes documentos:

- 1- Copia de la fórmula médica número 311087 que prescribe la Risperidona (folio 3).
- 2- Copia del formato diligenciado de justificación de medicamentos no POS número 160324 (folios 4-6).
- 3- Copia de la cédula de ciudadanía de la madre y tarjeta de identidad del menor (folio 7).

IV. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante auto de pruebas del 31 de enero de 2013, el Magistrado sustanciador solicitó a María del Carmen Padilla López detallar su situación económica, así como informar si finalmente se le había otorgado el medicamento Risperidona a su hijo. De igual manera, se pidió a Coomeva EPS que respondiera cuál era el estado actual de afiliación del menor, qué trámite se le había dado a la fórmula del medicamento en cuestión y qué procedimientos, servicios o medicamentos se están llevando a cabo para tratar a David Bustamante.

2. La demandante guardó silencio. Coomeva EPS, por su parte, señaló que el menor nuevamente se encuentra afiliado a la entidad, aunque puso de presente la intermitencia de las vinculaciones laborales de su madre en calidad de cotizante principal, así:

“Al respecto debo informar que en la base de datos de Coomeva EPS se registra que la madre del menor, Señora María del Carmen Padilla, estuvo afiliada como cotizante desde el 27/02/2012 hasta el 23/08/2012 sin que se configurara periodo de protección laboral, ya que no cotizó ininterrumpidamente durante el último año anterior al retiro y los partes no fueron cancelador [sic] por 30 días completos si no proporcionales.

En diciembre de 2012 presentó nueva vinculación como trabajadora de la empresa Saitemp S.A. desde 13/12/2010 hasta el 19/01/2013, siendo reportada por el empleador la novedad de retiro mediante la planilla 940722985464 cancelada el 02/01/2013 en la cual se reporta tan solo 6 días laborados.

Posteriormente reingresó con el empleador Álvaro de Jesús Velásquez Mesa con CC 98624438 el pasado 24/01/2013, contrato que fue creado el 25/01/2013, motivo por el cual actualmente tanto la cotizante como su grupo familiar se encuentran en periodo de urgencias"[7].

Con respecto a la Risperidona, la empresa sostuvo que si bien la misma se incluyó en el plan de beneficios como medicamento POS a través del código ATC N05AX08 en diferentes presentaciones, solo fue contemplada para el manejo de la esquizofrenia, por lo que en todas las demás patologías debe entenderse como un servicio no cubierto. En consonancia con lo anterior, manifestó que dio trámite a la solicitud no POS ante el Comité Técnico Científico, el cual descartó la necesidad del medicamento pedido[8], bajo el siguiente raciocinio:

"Evaluando la historia clínica existente desde el 2005, no se evidencia la formulación de metilfenidato, utilización de dosis máximas para definir fallo terapéutico, no se evidencia justificación para utilización de Risperidona, cuando en la evolución se explica que fue suspendida por psiquiatría por presentar efectos adversos, por lo tanto el Comité no da aval para su aprobación"[9].

Por último, con el fin de evidenciar las atenciones médicas brindadas al menor, anexó copia de las órdenes proferidas en el último año, las cuales incluyen resonancia magnética de cerebro, terapia ocupacional, fonoaudiología, electroencefalograma computarizado, anestesiología y consulta por medicina especializada[10].

3. Una vez verificada la información anterior, el Magistrado sustanciador profirió un nuevo auto de pruebas, el 28 de febrero de 2013, con el objetivo de absolver dos aspectos técnicos. En tanto el anexo 1º del Acuerdo 029 de 2011, que reglamenta el Plan Obligatorio de Salud vigente, contiene una columna de aclaraciones al momento de presentar el listado de medicamentos incluidos en el plan de beneficios, se requirió al Ministerio de Salud y Protección Social que respondiera los siguientes interrogantes:

(i) ¿qué es lo que se busca con las aclaraciones contenidas en el Anexo 1 del Acuerdo 029 de 2011?; (ii) ¿conllevan tales aclaraciones la exclusión de los medicamentos listados del POS en los casos no expresamente previstos por ellas?; (iii) ¿cuál es el sentido, alcance y justificación técnica de las aclaraciones incorporadas en el listado de medicamentos? y (iv) ¿tienen tales aclaraciones un impacto económico en el cálculo de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y, en últimas, la sostenibilidad financiera del sistema de salud?.

Asimismo, se solicitó el apoyo del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), así como de las Facultades de Medicina de las Universidades Nacional de Colombia, Pontificia Javeriana y Rosario para que establecieran entre los medicamentos Risperidona y Metilfenidato, cuál de los dos era preferible científicamente para el tratamiento de la enfermedad que padece el menor.

4. El Ministerio de Salud y Protección Social en comunicado oportunamente remitido a esta corporación señaló que las tecnologías en salud incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, según Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, “que presentan aclaraciones limitan su uso dentro del POS para esa indicación”[11]. Lo anterior, asevera, “se dio como resultado del proceso de actualización del POS adelantado en el 2011, donde previo análisis y estudios de perfil epidemiológico, carga de la enfermedad y estructura demográfica de la población colombiana a partir de datos oficiales”[12], se pudo establecer la lista de patologías (enfermedades) o condiciones de salud que más afectaban a los colombianos y las tecnologías en salud prioritarias para su atención.

En razón de lo anterior, todo medicamento, en caso de ser requerido para una indicación diferente a la señalada en la aclaración (uso limitado) del Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, “no estaría cubierta por el Plan Obligatorio y sería NO POS, pero el ser NO POS no significa que se encuentre excluida del POS”[13].

Por último, al responder sobre el impacto económico de tales aclaraciones, el Ministerio constató que “en los casos en que se realizó una aclaración o limitación de uso en el POS, el impacto en la Unidad de Pago por Capitación correspondió a la indicación para la cual fue incluida”[14].

5. El Invima expuso que las indicaciones y contraindicaciones para la Risperidona son las siguientes:

“Indicaciones:

Alternativo en los tratamientos de esquizofrenia aguda y crónica (Acta 10 de 1994). Monoterapia en desorden bipolar. Tratamiento de desórdenes de la conducta en niños, adolescentes y adultos con retardo mental. Coadyuvante a corto y mediano plazo en el manejo de la enfermedad del autismo.

Contraindicaciones:

Puede producir hipotensión ortostática e interferir con actividades que requieran agudeza visual. Puede interactuar con otros depresores del sistema nervioso central. Puede antagonizar los efectos de la levodopa y otros agonistas dopaminérgicos. Se han presentado accidentes cardiovasculares en pacientes tratantes con risperidona”[15].

En relación al Metilfenidato señaló:

“Indicaciones:

Indicado para el tratamiento del trastorno de déficit de atención e hiperactividad. En niños, jóvenes y adultos.

Contraindicaciones:

Contraindicado en pacientes con ansiedad, tensión y agitación marcadas, porque el medicamento puede agravar estos síntomas. En pacientes con hipersensibilidad conocida al metilfenidato o a otros componentes del producto”[16].

6. La Universidad del Rosario, por su parte, presentó el concepto emitido por la Doctora Olga Eugenia Albornoz, docente de la Unidad de Psiquiatría, en los siguientes términos:

“1. La Risperidona es un antipsicótico de segunda generación o atípico, principalmente es utilizado para el manejo de síntomas psicóticos o control de los desórdenes del humor, en el contexto de este paciente se podría utilizar para el control de la impulsividad, la auto y heteroagresión, además de eso si el paciente presenta déficit de atención/hiperactividad, también se podría utilizar metilfenidato, el cual pertenece al grupo de los simpaticomiméticos, un grupo completamente diferente a la Risperidona y con indicaciones

distintas, los principales efectos adversos de la Risperidona son disquinesias tardías, sedación, somnolencia, síndrome neuroléptico maligno (altas dosis) mientras los del metilfenidato son anorexia, náuseas, pérdida de peso, insomnio, pesadillas, irritabilidad, disforia.

2. El metilfenidato no es un sustituto de la Risperidona, al no ser medicamentos que pertenecen a los mismos grupos, se consideran que actúan sobre el sistema nervioso de forma diferente, no obstante según el caso clínico podrían ser complementarios.

3. La atomoxetina es el primer medicamento no estimulante que ha sido aprobado por la FDA (food and drug administration) como tratamiento para el déficit de atención e hiperactividad en niños, adolescentes y adultos, se debe usar en el contexto donde el paciente no tolere los simpaticomiméticos (metilfenidato) por efectos secundarios, la atomoxetina no debe utilizarse en el paciente que consuma IMAO (inhibidores de la monoamino-oxidasa), ni en glaucoma de ángulo cerrado"[17]. (subrayado fuera del original).

7. La Universidad Javeriana manifestó que no está en la obligación legal de rendir tales conceptos.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución, así como en los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

De los antecedentes referidos en el escrito de tutela así como de los elementos recaudados en sede de revisión, esta corporación observa que la disputa en el presente caso gira en torno al acceso a un medicamento (Risperidona) para el tratamiento del retraso mental moderado que padece un menor de edad, cuya prestación ha sido negada por la EPS demandada con base en tres argumentos: (i) la desafiliación del menor al sistema contributivo de salud como resultado de los intermitentes vínculos laborales de su madre;

(ii) la caracterización de la Risperidona como medicamento no POS debido a la aclaración contenida en el Acuerdo 029 de 2011; y (iii) el rechazo del Comité Técnico Científico a la solicitud de servicios no POS.

El Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín negó el amparo solicitado por cuanto, al momento de estudiar la acción de tutela, se comprobó que el menor efectivamente se encontraba retirado de la EPS accionada.

A partir de lo anterior, la Sala de Revisión formula los siguientes problemas jurídicos:

1- ¿Trasgredió los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y el derecho prevalente de los niños, la negativa de Coomeva EPS a suministrar al menor el medicamento Risperidona, con fundamento en la suspensión de los aportes y en el concepto desfavorable rendido por su Comité Técnico Científico?

2- ¿Implica la aclaración contenida en el anexo 1º del Acuerdo 029 de 2011, con relación a la Risperidona (“Cubierto para el tratamiento de la esquizofrenia”), que dicho medicamento debe entenderse como no incluido en el plan de beneficios para otras patologías?

Con el objetivo de dar respuesta a lo anterior, la Corte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) el derecho fundamental a la salud de las niñas y niños en el orden constitucional colombiano; (ii) los principios de continuidad y de integralidad como elementos definitorios del servicio de salud; (iii) las reglas jurisprudenciales diseñadas para la prestación de servicios o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud; y finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

3. El derecho fundamental a la salud de las niñas y niños en el orden constitucional colombiano

3.1 El concepto de salud[18] no se limita al estar exento de padecimientos físicos. La acepción que mejor recoge el ideario constitucional es aquella plasmada en el preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), y acogida desde un comienzo por esta corporación,[19] según la cual: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o

enfermedades”[20].

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia constitucional se ha esforzado en superar aquella noción que se restringe a la mera supervivencia biológica y ha conminado, por el contrario, a la búsqueda de los niveles más altos posibles de salud física y psíquica[21], necesarios para que la persona se desempeñe apropiadamente “como individuo, en familia y en sociedad”[22]. En el año de 1998 esta corporación explicó así el sentido de esta doctrina:

“Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible”[23].

3.2 La salud ha tenido un profuso desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana. En las últimas dos décadas, la Corte ha venido reivindicando su naturaleza como derecho fundamental mediante tres vías[24]: (i) la primera, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal y la dignidad humana; (ii) la segunda ha sido reconociéndolo como fundamental en escenarios donde el accionante es un sujeto de especial protección; y más recientemente, (iii) se ha consolidado su fundamentalidad de forma autónoma.

De este modo, la doctrina constitucional ha dejado de decir que ampara el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud[25]. Por lo mismo, se ha cuestionado la validez teórica de recurrir a la idea de la conexidad[26] y a categorías conceptuales que dividan los derechos fundamentales de acuerdo a si tienen o no un contenido prestacional[27].

Todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales, independiente de su denominación como derechos de primera o segunda generación, por cuanto cada uno de ellos encuentra un vínculo estrecho con la realización de la dignidad humana, principio fundante y justificativo del Estado social y democrático de derecho[28].

3.3 El derecho a la salud en el caso de los menores de edad goza además de una particularidad que realza su prevalencia en el ordenamiento constitucional interno. Este tribunal ha reconocido en abundante jurisprudencia[29] que el derecho a la salud de las niñas y niños tiene el carácter fundamental por la consagración expresa que en este sentido hace el artículo 44[30] de la Carta.

De la misma manera, los distintos instrumentos de derecho internacional reconocidos por Colombia señalan inequívocamente que los menores de edad son considerados sujetos de especial protección y acreedores de un mayor amparo por parte del Estado y la sociedad. Entre otras disposiciones relevantes, se destacan las siguientes[31]:

i- La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.2: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”.

ii- La Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 24 reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: ... b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.

iii- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, algunos de cuyos parámetros también propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños, como el numeral 2° del artículo 12, “a) es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”, y el literal d) del mismo artículo, que dispone adoptar medidas necesarias para “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

La protección especial que el orden local e internacional ha reconocido a los derechos fundamentales de los niños ha sido articulada por esta corporación como una atención prevaleciente que implica por lo menos lo siguiente:

“sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente y la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas.

En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente.

En este ámbito, no obstante la autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran”[32]. (resaltado fuera del original)

3.4 Ahora bien, la atención reforzada en salud de los menores de edad es incluso mayor en el caso de las personas que tienen retardo mental o déficit cognitivo, en tanto que “no cabe duda de que sus condiciones representan una situación de vulnerabilidad que les dificulta el ejercicio de sus derechos fundamentales, en tanto su particular realidad dista de la de sus congéneres, quienes disfrutan de aptitudes físicas naturales suficientes para participar activamente en sociedad y ejercer sus derechos personalísimos, con mayor probabilidad de que sean respetados”[33].

En atención a lo dispuesto en el artículo 13 superior, la protección constitucional especial que se debe a estas personas, no debe limitarse al otorgamiento o práctica de los medicamentos explícitamente dispuestos en el Plan Obligatorio de Salud, sino que, al tratarse de una protección de carácter especial, “es imperativo poner en marcha los esfuerzos necesarios para buscar la plena protección efectiva de la persona, aun cuando ello implique el suministro y prestación de un determinado servicio médico que no esté incluido en dicho plan”[34].

Esta postura jurisprudencial encuentra eco en la reciente Ley 1616 de 2013, por medio de la cual se expide la Ley de salud mental. En efecto, dicho cuerpo normativo entiende que el bienestar psíquico es aquel que “permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar

sus recursos emocionales, cognitivos y mentales para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad”[35] y que el mismo es de interés y una auténtica prioridad nacional[36].

Del mismo modo, la Ley de salud mental[37], en consonancia con el Código de Infancia y Adolescencia[38], establece inequívocamente que los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de atención integral y preferente en salud mental. Ello conlleva a que los servicios médicos deban ser oportunos, suficientes, continuos, pertinentes y de fácil accesibilidad, incluyendo todas las etapas de atención desde la detección temprana, el diagnóstico, pasando por la intervención y cuidado, hasta la rehabilitación efectiva del menor[39].

Las medidas de protección especial hacia este grupo poblacional tienen como finalidad última garantizar (i) su desarrollo integral, que ocurre cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural); y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos[40].

4. Los principios de continuidad y de integralidad como elementos definitorios del servicio de salud

En armonía con el orden constitucional y legal vigente, la jurisprudencia de esta corporación ha venido desarrollando los principios rectores que mejor explican el alcance de las prestaciones exigibles en materia de salud. A continuación se exponen dos de ellos que guardan relación con el caso concreto objeto de estudio.

4.1 El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. Tal directriz ha sido formulada desde la Ley 100 de 1993 que en el numeral 3° del artículo 153[41] enuncia este principio así: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia”.

Se trata entonces del suministro oportuno y asequible a los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo otro componente que los médicos tratantes valoren

como necesario para el restablecimiento de la salud[42].

Este principio de atención ha sido positivizado, para el caso específico de la salud mental, por la Ley 1438 de 2011[43], mediante el cual se reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y por la Ley 1616 de 2013 que definió el derecho a la atención integral de la siguiente forma:

“La atención integral en salud mental es la concurrencia del talento humano y los recursos suficientes y pertinentes en salud para responder a las necesidades de salud mental de la población, incluyendo la promoción, prevención secundaria y terciaria, diagnóstico precoz, tratamiento, rehabilitación en salud e inclusión social.

La atención integrada hace referencia a la conjunción de los distintos niveles de complejidad, complementariedad y continuidad en la atención en salud mental, según las necesidades de salud de las personas”[44].

En términos de litigio constitucional, el principio de integralidad también responde a la legítima necesidad de racionalizar el acceso a la acción de tutela, evitando que las personas tengan que acudir una y otra vez a esta herramienta jurídica[45].

Sin embargo, lo anterior no significa que estemos en presencia de un prejuzgamiento de parte del juez de amparo con respecto al futuro e hipotético incumplimiento de la entidad demandada respecto de sus obligaciones con el paciente:

“[e]videntemente, la prevención que se hace por el juez de tutela al dar la orden de atención integral, lejos de constituirse en una presunción de violaciones futuras a derechos fundamentales por parte de la accionada y por hechos que no han tenido ocurrencia, (...) toda vez, que como se advirtiera mientras no se haya prodigado la atención con que el paciente domine o mitigue su enfermedad, persiste la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales que ya se han protegido por hechos u omisiones ciertos y comprobados como trasgresores de los mismos”[46].

De lo expuesto se concluye que la atención integral en salud es una obligación ineludible de todos los entes encargados de la prestación del servicio y su reconocimiento es procedente vía tutela, siempre y cuando “se haya concretado a priori una acción u omisión que

constituya una amenaza o vulneración de algún derecho fundamental”[47]. Además, la orden de prestación integral del servicio de salud “debe estar acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, la cual bajo ningún supuesto puede recaer sobre situaciones futuras e inciertas.”[48]

Esta corporación igualmente ha señalado que existe una serie de casos o situaciones que hacen necesario brindar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-, tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros); o de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras)[49].

4.2 El principio de continuidad de la atención en salud, por su lado, parte de la premisa de que hay interrupciones del servicio constitucionalmente inaceptables. Mediante sentencia C-800 de 2003[50] se sistematizaron las ocasiones en las que la jurisprudencia, al fallar casos concretos, ha decidido que una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones:

“(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS [entidad] considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS [entidad] y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”.

Se busca garantizar así que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente[51]. Es importante precisar que para la jurisprudencia “puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios”[52]. Si bien es válido que una institución encargada de prestar el servicio de salud

pueda finalizar la segunda de acuerdo con las normas correspondientes, ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud[53].

Claro está que la afirmación anterior no implica que de manera indefinida las Empresas Promotoras de Salud tengan que atender cualquier dolencia que desde la vinculación afecte al afiliado. Aunque no existe un límite de semanas ni meses preestablecido, la Corte Constitucional ha señalado que el criterio para identificar hasta dónde va la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio está determinado por el momento en que otra entidad, sea pública o privada, asuma de manera efectiva la atención en salud del paciente.

En sentencia T-676 de 2012, la Corte amparó la continuidad del servicio de salud a un paciente que debido al deterioro de su salud, no pudo seguir trabajando, y en consecuencia, se tuvo que desafiliar del sistema. En primer lugar, ordenó a la entidad territorial responsable concretar la afiliación permanente del actor al Sistema de Salud, a través del régimen subsidiado, pero mientras ello se llevaba a cabo dispuso que el hospital demandado “le siga suministrando los servicios de salud para tratar el VIH, sin que se interrumpa la prestación, y hasta tanto, otra institución de salud delegada por la Secretaría de Salud Municipal de Girardot, asuma la prestación permanente”.

De igual manera, la providencia T-531 de 2012 protegió los derechos fundamentales de un paciente, cuya EPS se negó a practicar una cirugía argumentando que el actor no había cotizado al sistema de manera ininterrumpida antes de la desafiliación. En esta ocasión, la Corporación consideró que si bien el accionante debía tramitar su vinculación, según sus condiciones socio-económicas, “la EPS Saludcoop tendrá la obligación de acompañar al actor hasta tanto se produzca tal vinculación”, así como “prestar los servicios de salud, aún después de la cirugía ordenada, hasta por un lapso de dos (2) meses”.

En sentencia T-189 de 2010, dentro de un proceso acumulado, reiteró el deber constitucional de las EPS de continuar la atención que había venido prestando con anterioridad, “hasta tanto otra entidad asuma su efectiva prestación”. Más aún, sostuvo que para que tales entidades pudieran descargarse de dicha responsabilidad debían “informar, asesorar, apoyar e informar las diligencias que las personas deben surtir para efectos de

inscribirse en el SISBEN, si es del caso, o sobre cómo cotizar de manera independiente. De no cumplir con dicho deber, y si el peticionario permanece sin estar afiliado a ninguna EPS, deberá continuar con la prestación de los servicios requeridos”[54].

En suma, cuando se ha iniciado un procedimiento de salud, especialmente tratándose de sujetos de especial protección o en casos de enfermedades graves, no es aceptable constitucionalmente que la entidad responsable del servicio suspenda abruptamente la atención por razones económicas o administrativas. En tales eventos, el paciente está en el deber, dentro de sus capacidades, de gestionar nuevamente su vinculación al sistema, por ejemplo dentro del régimen subsidiado, pero la EPS también está en la obligación de acompañarlo y asesorarlo en dichos trámites, así como mantener la atención en salud ya iniciada hasta que otra entidad asuma su efectiva prestación.

5. La prestación de servicios o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

5.1 En cumplimiento de las órdenes de la Ley 100 de 1993[55], de la sentencia T-760 de 2008[56] y atendiendo al principio constitucional de la igualdad, el Gobierno nacional inició un plan por etapas para la unificación de Plan Obligatorio de Salud, comenzando con los menores de 18 años[57] y luego los adultos de 60 y más años[58]. Finalmente, el Acuerdo 032 de 2012 dispuso la unificación para el grupo de adultos comprendidos entre 18 y 59 años.

A partir del 1º de julio de 2012 todos los colombianos, al menos formalmente, acceden a un mismo Plan Obligatorio de Salud, a saber, aquel contemplado en el Acuerdo 029 de 2011, independientemente del régimen al que se encuentren afiliados.

No obstante los avances normativos descritos, la Sala Especial de Seguimiento a la T-760 de 2008 ha llamado la atención sobre aspectos problemáticos en la materialización de este mandato, como, por ejemplo, “la inoperatividad de la unificación del POS en el régimen subsidiado por parte de las EPS-S ante la insuficiencia de la UPC-S”[59].

Más aún, los casos de tutela han puesto en evidencia que ciertos medicamentos o procedimientos requeridos por los pacientes son negados, bajo el argumento de que se encuentran fuera del POS. En respuesta a lo anterior, esta corporación ha dispuesto unos criterios para conceder un servicio no POS cuando el paciente los requiere con necesidad,

por cuanto en un Estado social de derecho no debe quedar desprotegida una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio.

Tal subregla de protección vía tutela fue sistematizada por la sentencia T-760 de 2008[60] de la siguiente manera:

“Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.” En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]”.

Para establecer la imposibilidad económica del accionante, se han diseñado dos reglas probatorias en sede de tutela. La primera señala que se presume la falta de capacidad en cabeza de los beneficiarios del Sisben. La segunda prescribe que “la carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos”[61]

5.2 Otro aspecto que podría suscitarse con ocasión de la prestación de un servicio no POS tiene que ver con la eventual disparidad de criterios científicos entre lo expuesto por el médico tratante y el Comité Técnico-Científico de la Entidad Promotora de Salud. En tales situaciones, la jurisprudencia ha dado primacía al dictamen del médico tratante por cuanto “se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la

entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad)”[62].

Por ello, la decisión del médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente prevalece y debe ser respetada, “salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario”[63].

6. Resolución del caso concreto

6.1. El sentido de las aclaraciones incluidas en el Acuerdo 029 de 2011 y su alcance en el caso específico de la Risperidona.

6.1.1 Uno de los problemas estructurales del sistema colombiano de aseguramiento en salud, develado por esta corporación mediante la sentencia T-760 de 2008, tiene que ver con la incertidumbre acerca del contenido del POS. Al respecto, se encontró que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de su regulación, “no prevé un mecanismo específico, ni unos criterios de interpretación (...) para resolver las dudas acerca de si un servicio de salud se encuentra incluido, no incluido o excluido”.

A partir de este vacío regulativo, la jurisprudencia se vio en la obligación de resolver casos concretos en los cuales se presentaban desacuerdos acerca de la inclusión o no de una tecnología de salud en el POS y para ello diseñó dos máximas con base en las cuales el operador judicial podría tomar una decisión en cada caso para absolver dudas sobre la pertenencia de un servicio de salud al Plan de Beneficios:

(i) Criterio finalista: En los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud

(ii) Interpretación pro homine: En caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del POS, debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona. En consecuencia, la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia.

Pese a estos criterios adoptados para casos concretos, permanece intacta la necesidad de que se determine, en definitiva, qué servicios de salud se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y qué servicios no lo están. Con base en ello, una de las órdenes proferidas por la sentencia T-760 de 2008 dispuso que dentro del proceso de actualización integral del POS, se definiese “con claridad qué se encuentra incluido, qué no está incluido y qué se encuentra excluido de los planes de beneficios, teniendo en cuenta los criterios de interpretación del POS adoptados por la Corte”.

6.1.2 Ahora bien, como se expuso en la parte dogmática de esta providencia, el Plan de Beneficios unificado en salud se encuentra regulado en la actualidad por el Acuerdo 029 de 2011 expedido por la Comisión de Regulación en Salud. Es de resaltar que dicha norma consagra expresamente la integralidad, en atención al criterio finalista expuesto por esta corporación:

“Artículo 5. Principios generales del Plan Obligatorio de Salud. Los principios generales del Plan Obligatorio de Salud son:

1. Integralidad. Toda tecnología en salud contenida en el Plan Obligatorio de Salud para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, incluye lo necesario para su realización de tal forma que se cumpla la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante (....)”

Adicionalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social[64] ha explicado que el Plan Obligatorio de Salud está conformado por tecnologías en salud explícitas, es decir aquellas que estén descritas en los listados vigentes para la fecha de prestación del servicio; así como también de otras tecnologías en salud no listadas, “cuando son necesarias e insustituibles para cumplir con calidad la finalidad de una tecnología en salud listada explícitamente en el plan”.

En dicho concepto técnico, esa cartera precisó igualmente, al referirse específicamente a los medicamentos, que las indicaciones autorizadas por el Invima para cada uno de los medicamentos son las únicas cubiertas en el POS, para cualquier patología, “excepto para aquellos casos en que el listado normativo describa especificaciones expresas que limiten la cobertura”[65].

Esta limitación en la cobertura de los medicamentos, a partir de referencias a patologías determinadas, fue reiterada por el Ministerio de Salud en respuesta a la prueba solicitada por esta Sala de Revisión. En efecto, señaló de manera inequívoca que las tecnologías en salud incluidas en el anexo 1 del Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, “que presentan aclaraciones limitan su uso dentro del POS para esa indicación”[66].

Sostuvo igualmente que dicha restricción se fundamenta objetivamente en “el proceso de actualización del POS adelantado en el 2011, donde previo análisis y estudios de perfil epidemiológico, carga de la enfermedad y estructura demográfica de la población colombiana a partir de datos oficiales”[67] se pudo establecer la lista de patologías (enfermedades) o condiciones de salud que más afectaban a los colombianos y las tecnologías en salud prioritarias para su atención.

En suma, todo medicamento, en caso de ser requerido para una indicación diferente a la señalada en la aclaración del Acuerdo 029 de 2011, “no estaría cubierta por el Plan Obligatorio y sería NO POS”[68].

6.1.3 A partir de lo anterior, la Sala de Revisión encuentra que le asiste razón a Coomeva EPS cuando asevera que la Risperidona no está cubierta por el plan de beneficios en este caso concreto, por cuanto el menor no padece esquizofrenia -que es la patología a la cual se restringe la inclusión de dicho medicamento-, sino retraso mental moderado.

De este modo y habiendo constatado a partir de lo expuesto por el Ministerio de Salud y la Protección Social que la columna de aclaraciones del anexo 1º del Acuerdo 029 responde a unos estudios epidemiológicos y poblaciones, así como a unos cálculos para establecer razonablemente la cobertura de servicios del Plan Obligatorio de Salud, no debe el juez de tutela, en principio, entrar a desconocer tales criterios, corriendo el riesgo de alterar un aspecto esencial del sistema de aseguramiento en salud como lo es, el ámbito de financiación de la UPC y los casos en los cuales procede el recobro ante el Fosyga[69].

No obstante, en lo que sí debe hacer un llamado de atención esta Sala de Revisión es en la ambigüedad de otras “aclaraciones” que, aunque no son objeto de esta acción de tutela, podrían prestarse a confusiones. En efecto, el anexo 1º del Acuerdo 029 de 2011, además de incluir aclaraciones relacionadas con el uso exclusivo de algunos medicamentos para ciertos tratamientos[70] o la cobertura de determinadas enfermedades[71], como es el

caso de la Risperidona, también contiene otras que consagran descripciones ambiguas sobre el empleo de un medicamento, como se puede detallar en los siguientes ejemplos:

Medicamento (código ATC)

Aclaración

Sevelámero (V03AE02)

Según las “guías de práctica clínica para la prevención, diagnóstico y tratamiento de pacientes con enfermedad renal crónica

Glicerol (A06AX01)

Adulto y niño

Ácido Ibandrónico (M05BA06)

De conformidad con la “guía para la prescripción debifosfonatos”.

Electrolitos con carbohidratos rehidratación oral (A07CA99)

Fórmula OMS

Como se observa, no todas las aclaraciones contenidas en el anexo 1º guardan una redacción ni contenido común, algunas de ellas remiten a documentos externos y no completamente identificados, y otras incluso tienen descripciones demasiado genéricas y vagas, propicias para generar “zonas grises”, en detrimento del derecho fundamental a la salud.

Debe recordarse que un componente inicial y prioritario para el funcionamiento adecuado del servicio público en salud es la identificación previa, inequívoca y completa sobre qué tecnologías en salud se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y cuáles no lo están. De ello depende, en gran parte, una correcta primera atención en salud al paciente, sin necesidad de que este recurra a mecanismos administrativos o judiciales para acceder a

un procedimiento o medicamento determinado.

6.2. El menor David Padilla requiere con necesidad el medicamento Risperidona para el tratamiento del retraso mental moderado.

La solicitud de Risperidona, al tratarse de un medicamento no incluido en el Plan de Beneficios en este caso concreto, debe abordarse con base en los requisitos jurisprudencialmente desarrollado para acceder a servicios no POS:

i- En primer lugar se observa que el servicio fue prescrito por un médico adscrito a la red de servicios de Coomeva EPS, a la cual se encuentra afiliada la accionante y su hijo. Situación que no fue controvertida en ningún momento por la entidad demandada.

ii- En cuanto a la incapacidad económica de la madre para sufragar los respectivos costos, debe tenerse en cuenta que constituye una negación indefinida que invierte la carga de la prueba hacia el demandado, quien debiendo probar en contrario en este caso no lo hizo. Más aún, lo expuesto por Coomeva EPS da cuenta de la precaria estabilidad laboral[72] de la cotizante lo que la ha obligado a desafiliarse periódicamente del sistema de seguridad social en salud, y sus propios registros señalan que el núcleo familiar se encuentra calificado en el rango 1, equivalente al estrato 1[73].

iii- Con respecto a la afectación del paciente por la falta del medicamento requerido, la EPS demandada descartó a través de su Comité Técnico-Científico (CTC) la necesidad de la Risperidona para el tratamiento del menor David Bustamante Padilla. En situaciones como la presente, la posición fijada por la Corte Constitucional establece el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, como los criterios mínimos para establecer si un servicio de salud se requiere[74].

Se contrastan a continuación los argumentos expuestos tanto por la médica tratante, al momento de diligenciar el formato de servicios no POS, como el raciocinio del CTC para descartarlo:

Médico Tratante

Comité Técnico Científico

- Diagnóstico: “Retraso mental moderado. deterioro del comportamiento significativo que requiere atención”.

- Resumen de historia: “niño de once años con diagnóstico de retardo mental en grado moderado. Antecedente de atraso psicomotor, camina a los dos años, primeras palabras también por la misma época. Embarazo difícil, amenaza de parto pretérmino al sexto mes, parto sin aparente dificultad, nace con hipotermia y dificultad respiratoria. (...) Repitencia escolar. Ahora en segundo. No sabe leer ni escribir, no realiza operaciones matemáticas sencillas. Es inquieto, impulsivo, agresivo. No duerme bien. No reconoce límites del peligro (...) con el metilfenidato no se observa control de su impulsividad. El paciente requiere tratamiento farmacológico para su impulsividad ya que este tipo de conductas afectan su desempeño social”.

- A la pregunta de si el no uso del medicamento no POS genera un riesgo en la vida y salud del paciente, la respuesta fue sí.

- Se trató con Metilfenidato tableta 10 mg durante un año, pero no se logró una respuesta clínica favorable al control de la impulsividad y la agresividad.

“Evaluando la historia clínica existente desde el 2005, no se evidencia la formulación de metilfenidato, utilización de dosis máximas para definir fallo terapéutico, no se evidencia justificación para utilización de Risperidona, cuando en la evolución se explica que fue suspendida por psiquiatría por presentar efectos adversos, por lo tanto el Comité no da aval para su aprobación”.

Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión considera que la escueta argumentación del CTC no controvierte científicamente el concepto del médico tratante, el cual prevalece por cuanto: (a) se trata de una profesional especialista en neurología pediátrica, mientras que la composición del CTC es desconocida; (b) describe en detalle las afectaciones en el comportamiento diario y social que padece el menor por su patología mental, a diferencia de la vaguedad del informe del CTC; (c) señala inequívocamente que el no uso de la Risperidona pone en riesgo real la vida y salud del paciente.

Más aún, el concepto rendido por la especialista de la Universidad del Rosario asevera que “en el contexto de este paciente [la Risperidona] se podría utilizar para el control de la impulsividad, la auto y heteroagresión”[75].

iv- Aunque la argumentación del CTC se concentra en señalar que existe un sustituto (Metilfenidato) que sí se encuentra incluido en el plan obligatorio, no aporta ninguna valoración científica para sostener que dicho medicamento resulta igual o más idóneo para la atención del menor, ni para probar que el tratamiento con Risperidona ya fue ensayado con resultados negativos en el paciente David Bustamante.

La médica tratante, de quien se infiere tiene un conocimiento especializado, directo y específico del paciente, aduce que el niño ya fue tratado durante un año con dicho sustituto, sin observar una respuesta clínica favorable al control de su impulsividad y agresividad, lo que genera un riesgo a su vida y salud. Por ello, la Corte considera que Coomeva EPS no desvirtuó con el conocimiento científico, aplicado al caso concreto del paciente, la prescripción realizada por la especialista en neurología pediátrica.

Adicionalmente, vale la pena poner de presente que de acuerdo a la experticia allegada por la Universidad del Rosario, ambos medicamentos no necesariamente se sustituyen entre sí, sino que podrían ser “complementarios”[76] en relación al caso clínico concreto. Aspecto que la médica tratante deberá examinar en detalle con relación a David Bustamante.

6.3 Decisión a tomar para restablecer y garantizar los derechos del menor.

Esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido por el Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín en octubre 22 de 2012, que negó la protección solicitada. En su lugar, se dispondrá tutelar el derecho fundamental a la salud y la vida digna del niño David Bustamante Padilla y se ordenará a Coomeva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha realizado, autorice y haga entrega de la Risperidona de acuerdo a la fórmula que determine la médica especialista María Piedad Dulce Cepeda, al igual que los que sean dispuestos en el futuro por la misma profesional tratante, en la atención científica integral del retraso mental moderado que afecta al menor.

En todo caso, se debe evaluar periódica y oportunamente la respuesta del niño a la Risperidona, por lo cual se ordenará una valoración por un equipo médico interdisciplinario de expertos cumplido un mes de tratamiento con el nuevo medicamento, o antes si la profesional tratante lo considera necesario.

De igual manera, se conmina a Coomeva EPS, en consideración al principio de continuidad, a no suspender abruptamente el servicio, procedimiento o medicamento iniciado a David Bustamante Padilla, de ocurrir una eventual desafiliación como resultado de la desvinculación laboral de su madre u otro factor relacionado, hasta tanto otra entidad pública o privada asuma efectivamente la prestación del servicio. En tales eventos, Coomeva estará en la obligación de informar y asesorar las diligencias que deben surtir para efectos de inscribirse en el régimen subsidiado, si es del caso, o sobre cómo cotizar de manera independiente.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela de única instancia proferida el 22 de octubre de 2012 por el Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por María del Carmen Padilla López, como representante legal de su hijo David Bustamante Padilla, contra Coomeva EPS, mediante la cual se negó el amparo y, en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y los derechos de los niños.

SEGUNDO.- ORDENAR a Coomeva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha realizado, autorice y haga entrega de la Risperidona de acuerdo a la fórmula que emita la médica especialista María Piedad Dulcey Cepeda, al igual que los que sean dispuestos en el futuro por la misma profesional tratante, en la atención científica integral del retraso mental moderado que afecta al menor.

TERCERO.- ORDENAR a Coomeva EPS realizar una valoración del menor David Bustamante por un equipo médico interdisciplinario de expertos, cumplido un (1) mes de tratamiento con el nuevo medicamento, para examinar su evolución clínica, o antes si la profesional tratante lo considera necesario.

CUARTO.- CONMINAR a Coomeva EPS, en consideración al principio de continuidad, a no suspender abruptamente el servicio, procedimiento o medicamento iniciado a David Bustamante Padilla, de ocurrir una eventual desafiliación como resultado de la desvinculación laboral de su madre u otro factor relacionado, hasta tanto otra entidad pública o privada asuma efectivamente la prestación del servicio. En tales eventos, Coomeva estará en la obligación de informar y asesorar las diligencias que deben surtir para efectos de inscribirse en el régimen subsidiado, si es del caso, o sobre cómo cotizar de manera independiente.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 1, folio 1.

[2] Cuaderno 1, folio 4.

[3] Cuaderno 1, folio 1.

[4] Cuaderno 1, folios 10-11.

[5] Cuaderno 1, folio 15.

[6] Cuaderno 1, folio 39.

[7] Cuaderno de revisión, folio 11. En adelante los folios citados hacen referencia a este cuaderno, salvo aclaración expresa en sentido contrario.

[8] Mediante acta número 201205066.

[9] Folio 12.

[10] Folio 16-19.

[11] Folio 32.

[12] *Ibíd.*

[13] Folio 33.

[14] Folio 34.

[15] Folio 37.

[16] *Ibíd.*

[17] Folio 40.

[18] Algunas de las consideraciones incluidas en este capítulo reiteran lo ya expuesto por esta Sala de Revisión mediante sentencia T-861 de 2012.

[19] Tempranamente, la sentencia T-597 de 1993 acogió la definición de salud acuñada por la OMS.

[20] Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de

junio al 22 de julio de 1946 y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, dentro de los cuales se encontraba Colombia.

[21] “La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos permiten configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. Así, el derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta física o funcionalmente a la persona, sino cuando se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud”. Sentencia T-152 de 2012, ver también T-548 de 2011.

[22] Sentencia T-152 de 2012.

[23] Sentencia T-395 de 1998.

[24] Para un análisis más detallado ver la sentencia T-760 de 2008.

[25] Ibíd.

[26] “Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable.” Sentencia T-016 de 2007.

[27] “Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros – de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente – poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así

sea explicable desde una perspectiva histórica.” Sentencia T-016 de 2007. Posición reiterada por la Sala Plena en providencia C-288 de 2012.

[28] Sentencia C-288 de 2012.

[29] Ver recientemente las sentencias T-021 de 2012, T-048 de 2012, T-283 de 2012 y T-322 de 2012,

[30] “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...)”

[31] Para un estudio más detallado sobre los instrumentos internacionales relacionados con la protección de los menores de edad, ver la sentencia T-258A de 2012.

[32] Sentencia T-973 de 2006. Reiterado en T-021 de 2012.

[33] Sentencia T-258A de 2012.

[34] Ibíd.

[35] Ley 1616 de 2013, art. 3.

[37] Ley 1616 de 2013, art. 1º y 23. Ver también los artículos 17, 18, 19, 20 y 21 de la Ley 1438 de 2011.

[38] Ley 1098 de 2006, art. 8, 9, 17, 27 y 36

[39] Ley 1616 de 2013, art. 25.

[40] Sentencia T-760 de 2008.

[41] Ver también artículo 156, literal c.

[42] Sentencia T-576 de 2008 y T-048 de 2012.

[43] Artículo 65: “Atención integral en salud mental. Las acciones de salud deben incluir la

garantía del ejercicio pleno del derecho a la salud mental de los colombianos y colombianas, mediante atención integral en salud mental para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud y su atención como parte del Plan de Beneficios y la implementación, seguimiento y evaluación de la política nacional de salud mental.”

[44] Ley 1616 de 2013, art. 5.3.

[45] Sentencia T-531 de 2012.

[46] Sentencia T-062 de 2006.

[47] Sentencia T-531 de 2012.

[48] Sentencia T-657 de 2008.

[49] Sentencia T-531 de 2009 y T-322 de 2012.

[50] En esta ocasión se estudió la constitucionalidad del artículo 43 de la Ley 789 de 2002 “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”.

[51] Sentencia T-059 de 2007.

[52] Sentencia T-597 de 1993.

[53] Sentencia T-760 de 2008.

[54] Ver también sentencias T-597 de 1993, T-467 de 2004, T-841 de 2006, T-059 de 2007, T-127 de 2007, T-760 de 2008 y T-922 de 2009, entre otras.

[55] Ley 100 de 1993, art. 162.

[56] “La obligación de unificar los contenidos de los planes de salud a los cuales tienen acceso los ciudadanos es pues, de carácter progresivo. Su cumplimiento no puede ser exigido inmediatamente, pues supone la realización de una serie de acciones complejas en las que intervienen diversos actores. Ahora bien, la progresividad justifica que se avance por partes, de forma gradual, pero no es una excusa para la inacción. Específicamente, con

relación a la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud en condiciones de equidad, el carácter progresivo de esta obligación no puede convertirse en una excusa para aceptar, de forma permanente, la existencia de diferencias en el acceso a los servicios de salud que se requieran, ligadas a la capacidad de pago de las personas, esto es, a su 'posición económica'." Sentencia T-760 de 2008.

[57] Acuerdo 04 de 2009 y Acuerdo 011 de 2010, Comisión de Regulación en Salud (CRES). Ver también el Auto 342A de 2009 de la Corte Constitucional, el cual declaró el incumplimiento parcial debido a que la unificación realizada inicialmente cobijaba solo a los menores de 0 a 12 años.

[58] Acuerdo 027 de 2011 (CRES).

[59] Auto 261 de 2012. Ver también, Auto 255 de 2011.

[60] Reiterada recientemente por las sentencias T-034 de 2012, T-048 de 2012 y T-258A de 2012.

[61] Al respecto, ver entre otras muchas sentencias las siguientes: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-699 de 2002, T-447 de 2002, T-279 de 2002, T-113 de 2002 y T-048 de 2012.

[62] Sentencia T-1166 de 2005.

[63] Sentencia T-344 de 2002. Posición reiterada en varias ocasiones, entre ellas, en las sentencias T-053 de 2004, T-616 de 2004, T-007 de 2005, T-1016 de 2006, T-130 de 2007, T-489 de 2007, T-523 de 2007, T-939 de 2007, T-159 de 2008, T-760 de 2008, T-332 de 2009, T-499 de 2009, T-674 de 2009, T-922 de 2009 y T-749 de 2010 y T-418 de 2011.

[64] Ver Resolución 4251 del 13 de diciembre de 2012, así como su anexo técnico que incluye el concepto en mención.

[65] *Ibíd.*

[66] Folio 32.

[67] *Ibíd.*

[68] Folio 33.

[69] Sentencia T-760 de 2008.

[70] Ver por ejemplo, ácido alendrónico (Código ATC: M05BA04); amoxicilina (J01CR02).

[71] Ver por ejemplo, capecitabina (Código ATC L01BC06); carvedilol (C07AG02); risperidona (N05AX08).

[72] Folio 11.

[73] Folios 14 y 15.

[74] Sentencia T-418 de 2011.

[75] Folio 40.

[76] Folio 40.