

Sentencia T-324/08

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente/

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos de alto costo

DERECHO A LA SALUD-Incorpora el derecho al diagnóstico

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Se debe emitir un pronunciamiento médico por parte de un médico adscrito a la empresa de salud que avale o controvierta diagnóstico realizado por médico externo

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No es indispensable su concepto para que el tratamiento o medicamento requerido por el usuario sea otorgado a través de tutela

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-AI no ser diligente la EPS en la asignación de citas médicas al menor que sufre de epilepsia, a sus padres les toco acudir a un médico no adscrito a la EPS

ACCION DE TUTELA-Obligación de la EPS de suministrar al menor que sufre de epilepsia los medicamentos excluidos del POS

Referencia: expediente T-1768040

Acción de tutela instaurada por Carlos Eduardo Velásquez Velásquez en representación del menor Carlos Andrés Velásquez Silva en contra Coomeva E.P.S. S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara

Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, 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 de los fallos de tutela dictados, en primera instancia por el Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Bogotá, el día diez (10) de septiembre de dos mil siete (2007) y, en segunda instancia proferido por el Juzgado Treinta y Seis (36) del Circuito de Bogotá, el día diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007), dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez en representación del menor Carlos Andrés contra Coomeva E.P.S S.A.

I. ANTECEDENTES.

El señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez interpuso acción de tutela en representación del menor Carlos Andrés Velásquez Silva en contra de Coomeva E.P.S. S.A., por considerar vulnerados los derechos constitucionales a la vida, salud, integridad física, protección a la niñez y de petición de su menor hijo.

HECHOS.

El señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez sustentó su demanda de acuerdo con los siguientes hechos:

- 1.- Manifestó que su hijo Carlos Andrés Velásquez Silva se encuentra afiliado a Coomeva E.P.S S.A. en calidad de beneficiario y que desde hace más de dos (2) años presenta una EPILEPSIA FOCAL.
- 2.- Expresó que, el día doce (12) de mayo de dos mil siete (2007), presentó derecho de petición ante Coomeva E.P.S S.A. para que le formularan e hicieran entrega de los medicamentos necesarios para controlar las crisis epilépticas de su hijo.
- 3.- Enunció que, el día veinticinco (25) de mayo de dos mil siete (2007) Coomeva E.P.S le dio respuesta al derecho de petición señalándole que ese no era el medio adecuado para el

cubrimiento de los medicamentos. Sin embargo, según el peticionario: “cumplí con todos los requisitos legales tal como ellos lo exigieron, y en el momento de radicarlos para su trámite no me lo recibieron, ni en la oficina de correspondencia, ni recursos humanos, ni asignaciones.”¹

4.- Agregó que “La FUNDACIÓN LIGA CENTRAL CONTRA LA EPILEPSIA, siempre ha estado de acuerdo que el medicamento para el caso de la epilepsia de mi hijo debe ser TEGRETOL lo cual ha estabilizado la marcha normal de mi hijo. La entidad COOMEVA E.P.S , le ha formulado a mi hijo CARBAMAZEPINA, porque es un medicamento de bajo costo, pero no ha dado resultados positivos en la salud de mi hijo”²

5.- Por último, señaló que el día doce (12) de junio de dos mil siete (2007), la Fundación Liga Central Contra la Epilepsia entregó el resumen de la historia clínica del niño Carlos Andrés Velásquez Silva para que la entidad Coomeva E.P.S la tuviera en cuenta a fin de autorizar la entrega del medicamento para el menor, sin que a la fecha de la presentación de la tutela la entidad accionada se pronunciara, causándole un grave peligro a la vida del menor.

5.- El señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez considera vulnerados los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad física, protección a la niñez y de petición de su hijo Carlos Andrés Velásquez Silva por lo que solicita se ordene a Coomeva E.P.S suministrarle los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG en las dosis formuladas por su médico tratante y se le garantice el tratamiento integral y los demás medicamentos que requiera para manejar la enfermedad que el menor padece -EPILEPSIA FOCAL - a fin de lograr un adecuado desarrollo de su hijo.

Pruebas aportadas al proceso

6.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Carlos Andrés Velásquez Silva emitida por la Notaría Cuarta de Santa Fe de Bogotá el día ocho (8) de agosto de dos mil tres (2003)³.

- Copia del derecho de petición enviado por el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez a Coomeva E.P.S. S.A, el día diez (10) de mayo de dos mil siete (2007), en el que le explica a la entidad que “...en mi afán de obtener resultados inmediatos no me dieron espera para las

citas que me ofrecía Coomeva, ya que eran muy lejanas entre la convulsión y la orden para los exámenes tales como electroencefalograma, resonancia etc, porque si bien pueden observar el niño convulsionó el día 10 de junio de 2005 salida 11 de junio/2005, pedí cita inmediatamente en Coomeva, la cual me la dieron para el día 30 de junio/2005 ya que era con un especialista en neuropediatría, asistí a la cita con el niño y le ordenaron un electroencefalograma y una resonancia magnética cerebral, esta orden la pasé para autorización, una vez autorizada me dieron cita nuevamente para el 7 de julio/2005 en Coomeva, donde muy fríamente la niña que me atendió me dijo en 20 días hábiles llame al teléfono 2855383, “escrito por ella”, para ver qué cupo y para cuándo el electroencefalograma, como vemos de junio 10 /2005 a la posible fecha que me daban para el examen, no me sentía con valor de esperar, ya que se trataba de una enfermedad sin ninguna patología.

Con exámenes en mano tales como el electroencefalograma y resonancia tomados en la Fundación Cardio-Infantil, por mi cuenta, y en vista de que no me los aceptaba Coomeva porque había que sacar cita a Medicina General, remitir a Neuropediatría y otra vez llegar a lo anterior, busqué otro recurso y fui a sacar cita el día 06 de septiembre/2005 con un especialista en neurología infantil, que también pertenecía a la Fundación Cardio-Infantil, Doctor Juan Carlos Pérez Poveda, le contamos todo el procedimiento y me dijo: a su niño hay que tratarlo con Tegretol ya que la diferencia entre Carbamazepina y Tegretol son sus componentes; me dirigía a Coomeva para solicitar cita prioritaria o de urgencia el día 3 de octubre/2005, atendida por el Dr Marco Tulio Campo Caballero, “Médico Pediatra” comentándole todo lo anterior y me dijo sígale dando Carbamazepina porque acá Coomeva no autoriza el Tegretol, déle mucha Loratadina y lo único que debe hacer es no mandarlo solo a ninguna parte porque a cualquier momento le convulsiona y lo puede atropellar un carro, desilusión total en esos momentos.

Debido a mi situación económica no le podía comprar el Tegretol y me veía en la necesidad de comprarle Carbamazepina y dándole la dosis formulada.”4(negrilla y subraya fuera de texto)

- Copia de la respuesta enviada a Coomeva E.P.S. S.A. por el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez, el día diez y nueve (19) de junio de dos mil siete (2007) a la carta enviada por dicha entidad el día veinticinco (25) de mayo de dos mil siete (2007), en la que anexa (i)

historia clínica Liga Central contra la Epilepsia, (ii) Original fórmula médica, (iii) justificación de medicamentos no POS y (iv) copias documentos de identificación cotizante y beneficiario⁵.

-Copia de la solicitud de justificación de medicamentos no POS⁶.

- Copia de la respuesta enviada por el Médico Auditor de Coomeva E.P.S S.A, Doctor Mauricio A. Pinto, el día veinticinco (25) de mayo de dos mil siete (2007), al derecho de petición radicado por el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez, en la que se lee: “De acuerdo a su solicitud presentada, nos permitimos aclarar que el proceso para trámite de aprobación de medicamentos no POS no es a través de este medio por tal motivo es importante considerar...”⁷

- Copia del resumen de la historia clínica del menor Carlos Andrés Velásquez Silva emitida por la Fundación Liga Central Contra la Epilepsia⁸.

- Copia del certificado de existencia y representación legal de Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A. emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá.⁹

- Originales de las órdenes médicas emitidas por el médico tratante, Doctora Angela Uscategui, perteneciente a la Fundación Liga Central Contra la Epilepsia, en la que le prescribe al menor Carlos Andrés Velásquez Silva “CLOBAZAM (URBADÁN) TABLETAS POR 10 MG; CARBAMAZEPINA RETARD (TEGRETOL RETARD) tabletas por 200 mg.”¹⁰

- Certificado laboral del señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez emitido por el Gerente General del Restaurante “Bar El Caguan” en el que se acredita su cargo como “asistente de comedor”.¹¹

- Copia de la Orden de Servicio de Coomeva E.P.S S.A. en al que se solicitan los medicamentos CARBAMAZEPINA TABLETA X 200 MG; LORATADINA JARABE 5MG y ASCORBICO ACIDO TABLETA 500 MG.¹²

Intervención de Coomeva E.P.S. S.A.

7.- La Entidad Promotora de Salud Coomeva E.P.S S.A. a través de su Representante Legal Doctor Luís Miguel Rodríguez Garzón solicitó la improcedencia de la tutela toda vez que:

1. El menor Carlos Andrés Velásquez Silva tiene un diagnóstico de EPILEPSIA la cual está siendo manejada por la Fundación Liga Central Contra la Epilepsia, entidad en la cual le ordenaron los medicamentos TEGRETOL RETARD y CARBAMAZEPINA el cual no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud.

1. El peticionario, representante del menor, no agotó el trámite administrativo establecido por la ley, el cual es la de presentar la solicitud de los medicamentos no POS al Comité Técnico Científico (CTC).

1. La institución donde está siendo tratado el menor Carlos Andrés Velásquez Silva no se encuentra dentro de la red de prestadores de Coomeva E.P.S S.A., por lo que el médico tratante no está adscrito a ella.

Por último, Coomeva E.P.S, a través de su Representante Legal solicitó: “De no ser tenido en cuenta nuestro argumento, y de llegar su despacho ordenar a nuestra E.P.S autorizar un servicio no autorizado en el POS, solicito declarar en el fallo el derecho que le asiste a COOMEVA E.P.S S.A. de recobrar los valores que tenga cubrir por fuera de sus obligaciones legales, ante el FOSYGA, SUBCUENTA DE COMPENSACIONES o a la dependencia que haga sus veces, así como expedir copia auténtica del fallo y copia de la constancia de ejecutoria requisitos sin los cuales no se puede intentar el recobro correspondiente, creándose un desbalance financiero en la E.P.S al tener que asumir costos que por ley no le corresponden.”¹³

Intervención del Ministerio de la Protección Social.

8.- El Ministerio de la Protección Social, a través su Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales, manifestó que: “el medicamento TEGRETOL (NOMBRE COMERCIAL) tiene su equivalente en el genérico CARBAMAZEPINA que lo incluye el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud mediante Acuerdo No 228 de 2002, por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud ...

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

Primera Instancia. Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Bogotá.

1.- El Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia proferida el día diez (10) de septiembre de dos mil siete (2007), niega el amparo solicitado por el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez a los derechos fundamentales de su hijo Carlos Andrés Velásquez Silva a la vida, salud, protección a la niñez, integridad física y de petición pues, el medicamento solicitado TEGRETOL RETARD y CARBAMAZEPINA RETARD fue formulado por un médico perteneciente a la Fundación Liga Central Contra la Epilepsia, entidad que no está adscrita a Coomeva E.P.S., razón por la cual, y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no puede obligarse a esta entidad a proporcionarle el medicamento requerido pues, precisamente, uno de los requisitos para exigirle a la entidad accionada la autorización, es que el fármaco haya sido prescrito por uno de los médicos que laboran con la E.P.S.

Solicitud de Impugnación.

2.- El señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez impugnó el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Bogotá, mediante el ejercicio del recurso de apelación, pues:

- “En este caso se trata del menor CARLOS ANDRÉS VELÁSQUEZ SILVA de siete (7) años de edad, es un persona que no se puede valer por si misma porque padece de ataques de EPILEPSIA (enfermedad que se manifiesta mediante crisis convulsivas con aparición sucesiva de rigidez de cuerpo y finalmente coma profundo), lo cual cada convulsión que se cause es un daño irremediable para la salud de mi hijo y por ende puede causarle la muerte...”¹⁵

- “La entidad COOMEVA E.P.S manifestó el día 31 de agosto de 2007, que no agoté el trámite pertinente lo cual es una mentira, en todo sentido, ya que presenté los documentos necesarios en sus fechas oportunas, donde no hubo atención eficiente en el servicio de salud de mi menor hijo CARLOS ANDRÉS VELÁSQUEZ SILVA, donde ha presentado convulsiones afectando su salud en una forma acelerada con peligro de perder su vida.”¹⁶

- “Al respecto anexo la formula de trascripción del Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca de Soacha (Cundinamarca) elaborada por el doctor HERIBERTO PIMIENTO P, el

día 10 de julio de 2007, medico adscrito actualmente ante su entidad..., donde se ordena los medicamentos adecuados para el tratamiento del menor y solicitados en la tutela para que la entidad COOMEVA E.P.S asuma la obligación como entidad prestadora de salud, asimismo manifiesto que dicho hospital tiene convenio con la entidad accionada, por lo cual hicieron caso omiso de la misma y por eso acudí a la acción de tutela.”¹⁷

Prueba anexa al escrito de impugnación.

3.- Con el escrito de impugnación el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez aportó la siguiente prueba:

- Orden médica emitida por el médico cirujano, Doctor Heriberto Pimiento, del Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca en la que le prescribe al menor Carlos Andrés Velásquez Silva el suministro de los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADÁN) X 10 Mg.¹⁸

Segunda Instancia. Juzgado Treinta y Seis (36) Civil del Circuito de Bogotá.

4.- El Juzgado Treinta y Seis (36) Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007) confirmó el fallo de primera instancia toda vez que (i) en el presente caso se observa que no se cumple con el último de los requisitos señalados por la Corte constitucional para inaplicar las normas del POS, esto es que el específico medicamento que solicita el peticionario haya sido ordenado por el médico tratante del niño, pues del acervo probatorio se desprende que le TEGRETOL fue recomendado por el especialista de la Fundación Liga Central Contra la Epilepsia, entidad de que la accionada señaló no tener convenio y, (ii) a la fecha de la presentación de la tutela la entidad accionada no ha negado la autorización para suministrar el medicamento CARBAMAZEPINA RETARD como quiera que el señor Carlos Eduardo Velásquez no acreditó haber sometido la autorización del fármaco a consideración del Comité Técnico Científico.

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Doce (12), mediante Auto del seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio.

2.- El señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez considera vulnerados los derechos fundamentales a la vida, salud, protección a la niñez, integridad física y de petición de su hijo Carlos Andrés Velásquez Silva por parte de Coomeva E.P.S. S.A al negarle el suministro de los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG, prescrito por el médico tratante, Doctora Angélica Uscategui miembro activo de la Fundación Liga Central Contra la Epilepsia, para tratar las crisis epilépticas generadas por la enfermedad - EPILEPSIA FOCAL- que el menor padece por más de dos (2) años, habida cuenta que tras manejar la enfermedad con CARBAMAZEPINA el menor no presentó ninguna mejoría y continuó con las crisis epilépticas.

Por tal razón, solicita se ordene a Coomeva E.P.S. S.A. el suministro del medicamento CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG en las dosis prescritas por el médico tratante.

Por su parte, Coomeva E.P.S. S.A, por medio de su Representante Legal sostuvo que en el presente caso no procede la acción de tutela como quiera que, el medicamento CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud, el peticionario no agotó el trámite administrativo señalado por la ley para solicitar un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud, es decir, no acudió ante el Comité Técnico Científico para solicitar su autorización y, el médico tratante quien ordenó el suministro del medicamento CARBAMAZEPINA RETARD (TEGRETOL RETARD) no se encuentra adscrito a la E.P.S accionada.

En escrito de impugnación el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez señaló que (i) su hijo es un menor de edad, quien no puede valerse por sí mismo, que padece de una enfermedad

que se manifiesta mediante crisis convulsivas que pueden llevar hasta la muerte de la persona y (ii) no es cierto que no haya agotado el trámite pertinente pues, presentó los documentos requeridos en las fechas oportunas y, (iii) adjuntó copia de la orden médica emitida por Doctor Heriberto Pimiento, en la que se ordena tratar al paciente Carlos Andrés Velásquez Silva con los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG, médico de quien dijo pertenecer a la entidad accionada.

Por su parte, el Juzgado Treinta y Seis (36) del Circuito de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia emitido por el Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Bogotá y consideró que (i) por haber sido formulado el fármaco CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG por un médico no adscrito a Coomeva E.P.S y, (ii) por no haber agotado el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez el trámite administrativo exigido por la ley para solicitar un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud, esto es, no haber acudido ante el Comité Técnico Científico a requerir su aprobación, la tutela no procedía.

3.- Con fundamento en lo expuesto, debe la Sala revisar las sentencias emitidas que niega la protección solicitada. En este orden de ideas, deberá resolver los siguientes asuntos (i) ¿Coomeva E.P.S S.A vulnera los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad física, protección a la niñez y de petición del menor Carlos Andrés Velásquez Silva, afiliado en calidad de beneficiario a dicha entidad, al negarle el suministro de los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG para manejar las crisis epilépticas que se le presentan a raíz de la EPILEPSIA FOCAL que padece? ii) ¿se pueden presentar excepciones a la regla general señalada por esta Corte respecto de que el medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud y que es objeto de solicitud por el afiliado sea prescrito por el médico tratante adscrito a la Entidad Promotora de Salud accionada? (iii) es requisito indispensable acudir al Comité Técnico Científico de la E.P.S accionada para que el juez de tutela pueda inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud?

Para resolver las cuestiones planteadas estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) el derecho a la salud de los niños; (ii) el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (iii) el derecho al diagnóstico por el médico tratante (iv) el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o

tratamiento requerido por el usuario sea otorgado a través del mecanismo de tutela (v) analizar el caso concreto.

Derecho a la Salud de los Niños. Derecho Fundamental de carácter prestacional susceptible de ser protegido a través de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- La consagración constitucional de los derechos de los niños no fue una innovación del Constituyente de 1991, sin embargo sí lo fue el hecho de que se estableciera una protección espacialísima por parte del Estado hacia aquella población menor de la sociedad y, se instituyera una obligación primaria en cabeza del Estado, la sociedad y la familia de garantizarles un desarrollo integral dentro de un ambiente armónico rodeado de amor, protección y el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales y legales.

Toda esa exaltación constitucional alrededor derechos de los niños, se debió a que en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1989 y aprobada por el Congreso Colombiano mediante la Ley 12 de 1991 se reconoció la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores y el que la efectividad de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales se constituyan en un mínimo necesario para su supervivencia y el desarrollo de su infancia¹⁹.

Así las cosas, conforme al artículo 44 de la Constitución Política de 1991, los niños son sujetos privilegiados dentro del ordenamiento interno colombiano, que merecen una especial protección por parte del Estado para mitigar la condición de debilidad manifiesta en la que se encuentran²⁰. En este sentido, la familia, la sociedad y el Estado son instituciones que tienen la obligación de asistirlos para garantizar su desarrollo integral y armónico y el ejercicio pleno de sus derechos legales y constitucionales. Por ello, esta Corte ha dispuesto que “el primer aspecto a resaltar del artículo 44 de la C.P. es la doble categorización que hace de las garantías contempladas para los menores. Por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional, dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquél deberá prevalecer sobre éste.²¹

En este orden de ideas, 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; derechos que por demás adquieren una prevalencia sobre los demás derechos de los ciudadanos y, exigen del Estado, la sociedad y la familia una protección especial.

Ahora bien, en relación con el derecho a la salud de los niños y en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, esta Corte ha afirmado que el derecho a la salud de los niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria²². En concordancia con el mismo, las necesidades de ese sector poblacional deben ser cubiertas eficazmente.²³

Por lo tanto, si bien es cierto que el Estado goza de plena autonomía para diseñar políticas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, también lo es que no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad²⁴. Igualmente, la asistencia en salud que requieren los niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran²⁵. A este respecto ha señalado la jurisprudencia de esta Corte: “la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales debe interpretarse los derechos constitucionales (...)”²⁶.

Por consiguiente, para esta Corte no hay duda de que los niños tienen una protección constitucional reforzada respecto de su derecho fundamental a la salud, lo que implica la obligación para el Sistema General de Seguridad Social en Salud de suministrar de manera adecuada todas las prestaciones que se requieran para cubrir sus necesidades²⁷.

5.- Si bien es cierto que la consagración legal de un Plan Obligatorio de Salud posee fundamento constitucional y en esa medida justifica la delimitación de las responsabilidades y obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud en

aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social, también lo es que debe haber una debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, en especial la vida en condiciones dignas y la integridad física.

En esas condiciones, es claro que hay una tensión entre la determinación constitucional de exclusión de ciertas prestaciones a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, en aras de garantizar la asistencia de un servicio eficaz y eficiente²⁸ y, la efectiva protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio, especialmente el de la vida e integridad física, habida cuenta la condición de inmunidad que los cobija, conforme al artículo 5° constitucional y, el expreso fin estatal de garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución por el artículo 2° de la misma.²⁹

Con base en estos presupuestos, la jurisprudencia de esta Corte, en aplicación del artículo 4° Superior, ha fijado condiciones fácticas que deben concurrir en cada caso concreto para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud que excluyen determinados fármacos o procedimientos médicos.

Así las cosas, para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud el juez de tutela debe verificar:

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

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

1. “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del

fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

1. "Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro." 30

Derecho al diagnóstico por el médico tratante del afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

6.- Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha señalado como uno de los requisitos necesarios para inaplicar las normas que excluyen determinados fármacos o procedimientos del Plan Obligatorio de Salud que los mismos hayan sido prescritos por el médico tratante, quien por regla general debe ser un profesional adscrito a la Entidad Promotora de Salud accionada, también lo es que el afiliado tiene derecho a que éstas expidan diagnósticos oportunos como garantía de una adecuada prestación del servicio público de atención en salud.³¹

Así las cosas es claro que al negarse la realización de un examen diagnóstico que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión para así determinar el tratamiento necesario, se vulneran los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud.

Aunado a lo anterior, existen casos en los que el diseño institucional de las empresas que participan en la implementación de la prestación del servicio de salud, no permite dar cuenta de situaciones particulares de los usuarios, ni satisfacer de forma oportuna todas las necesidades de los sujetos pasivos de este servicio. Circunstancias que traen como consecuencia, entre otras, que los usuarios (i) deban someterse a meses de espera para acudir a un especialista, (ii) vean limitadas sus posibilidades de acceder a varias opiniones médicas en relación con su estado de salud, y (iii) se encuentren ante situaciones en las que a pesar de necesitar atención de urgencia, no les sea proporcionada debido al largo procedimiento interno que debe desplegarse en la entidad. Dentro de este contexto, se ven

obligados a acudir a médicos particulares, no adscritos a dichas empresas, y en general a opiniones médicas ajenas a las formalidades exigidas, tanto por las empresas a las que se encuentran afiliados, como por la misma jurisprudencia en materia de salud.

De esta forma, la exigencia del requisito explicado, según el cual la procedencia del reconocimiento por tutela de una prestación en salud debe derivarse de una orden del médico tratante adscrito a la EPS, ha de interpretarse de conformidad con la Constitución. Lo anterior, teniendo en cuenta que existen diversos escenarios dentro de los cuales, es posible evidenciar en muchas ocasiones que la atención brindada por las entidades que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en salud resulta deficiente, contraria a los intereses de los usuarios.

Por lo tanto, conviene precisar que el hecho de que el médico tratante no esté adscrito a la Empresa Promotora de Salud no restringe la posibilidad que las personas accedan a la garantía de la prestación de este servicio público. Acorde con esto, tenemos que, los usuarios tiene el derecho a que la Entidad a la cual se encuentran afiliados, emitan un concepto mediante el cual avale o controvierta, desde el punto de vista médico, el diagnóstico emitido por el personal ajeno a la institución³².

El concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o tratamiento requerido por el usuario sea otorgado a través del mecanismo de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

7.- Para esta Corporación el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o procedimiento requerido por afiliado en instancia de tutela sea reconocido.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado “(i) que su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por el usuario le sea otorgado, y que en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.³³, razón por la cual, “ los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los Comités Técnico Científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional.”³⁴

Ahora bien, la razón por la cual para esta Corte el concepto del Comité Técnico Científico no puede convertirse en una instancia más entre los usuarios y las EPS se encuentra en la misma naturaleza administrativa de dicha Junta. Efectivamente, el hecho de que su composición no sea en su totalidad de profesionales de la salud, sino que se exija que tan sólo uno de sus miembros sea médico, demuestra que el Comité Técnico Científico no es, en estricto sentido, un órgano de carácter técnico, ni un Tribunal Profesional interno de la EPS sino un ente de carácter administrativo, cuya función primordial es asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos se adecuen a las formas preestablecidas y garantizar el goce efectivo del servicio a la salud. Por ello, de ninguna manera puede ponerse en sus manos la decisión de la protección de los derechos fundamentales de las personas ni constituirse en otro mecanismo de defensa para los afiliados.³⁵

Del caso en concreto.

8.- De acuerdo con las consideraciones de esta Corte, la protección a los derechos a la vida, integridad física y a la salud del menor Carlos Andrés Velásquez Silva, invocado por su padre Carlos Eduardo Velásquez Velásquez quien lo representa, procede a través del mecanismo de tutela, toda vez que se evidencia su presunta violación por parte de Coomeva E.P.S al negarle el suministro de los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG, como quiera que los mismos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En ese sentido, esta Corte es competente para conocer y analizar del caso y ordenar la protección de los derechos fundamentales presuntamente violados.

9.- Así las cosas, para la Sala es patente que el menor Carlos Andrés Velásquez Silva sufre de una EPILEPSIA FOCAL por más de dos años³⁶, circunstancias que de acuerdo con los planteamientos de esta Corte lo hacen un sujeto de especial protección, habida cuenta de su condición de debilidad manifiesta.

10.- Ahora bien, conforme los planteamientos señalados anteriormente, independientemente de que la vulneración del derecho a la salud del niño Carlos Andrés Velásquez Silva haga peligrar su vida, lo cierto es que por el sólo hecho de ser un menor de edad, su derecho -a la salud- adquiere el carácter de fundamental y así, lo hace susceptible de protección por vía de tutela. Por ello, esta Sala considera necesario analizar si el caso en particular cumple con

los requisitos trazados por esta Corporación para inaplicar las normas que excluyen del Plan Obligatorio de Salud los medicamentos solicitados - CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG-.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la falta de suministro de los medicamentos solicitados por el padre de Carlos Andrés Velásquez Silva, conlleva al deterioro de su estado de salud y hasta su muerte, toda vez que la enfermedad que padece -EPILEPSIA FOCAL- se manifiesta mediante crisis convulsivas, con aparición sucesiva de rigidez del cuerpo, que finalmente puede llevar al coma profundo. Razones suficientes para que esta Sala encuentre que efectivamente es indispensable el suministro de la CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG para la vida de Carlos Andrés Velásquez Silva³⁷.

Por otro lado, es claro que los fármacos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG no pueden ser sustituidos por otros medicamentos de igual efectividad que se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud como quiera que, al menor se le ha venido tratando con CARBAMAZEPINA, que es el genérico del Tegretol, y las crisis convulsivas no han parado. En efecto, señala el padre del menor, señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez, que tras haberle ordenado el Tegretol y no tener los recursos económicos necesarios para cubrir su valor, optó por suministrarle el fármaco que la E.P.S accionada le cubría -CRABAMAZEPINA- sin obtener los resultados esperados pues el niño, “el 25 de octubre convulsionó nuevamente, lo atendieron en la Clínica Palermo y además del medicamento que venía tomando, le formularon URBADAN tabletas por 10 Mg...”³⁸

Ahora bien, en el expediente obra prueba de que el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir el costo de los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG como quiera que sus sustento se deriva de la actividad que despliega por más de 10 años e el Restaurante bar “El Caguan” como asistente de comedor³⁹.

Por último la Sala encuentra que los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG fueron prescritos por el médico tratante, Doctora Angélica Uscategui, miembro activo de la Fundación Liga Central Contra la

Epilepsia, profesional que no está adscrito a la E.P.S Coomeva. Sin embargo, es evidente que al señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez le tocó acudir a la Fundación Liga Central Contra la Epilepsia habida cuenta que la entidad accionada no fue diligente en la dirección del caso al no concederle citas médicas oportunas al menor Carlos Andrés Velásquez Silva para diagnosticar su enfermedad y el tratamiento a seguir para un adecuado manejo de su dolencia, más aún, tratándose de una enfermedad de alto riesgo y peligrosidad para la vida del paciente.

Efectivamente, señala el padre del menor, señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez, en el derecho de petición enviado a la entidad accionada, que “en mi afán de obtener resultados inmediatos no me dieron espera para las citas que me ofrecía Coomeva, ya que eran muy lejanas entre la convulsión y la orden para los exámenes tales como electroencefalograma, resonancia etc, porque si bien pueden observar el niño convulsionó el día 10 de junio de 2005 salida 11 de junio/2005, pedí cita inmediatamente en Coomeva, la cual me la dieron para el día 30 de junio/2005 ya que era con un especialista en neuropediatría, asistí a la cita con el niño y le ordenaron un electroencefalograma y una resonancia magnética cerebral, esta orden la pase para autorización, una vez autorizada me dieron cita nuevamente para el 7 de julio/2005 en Coomeva, donde muy fríamente la niña que me atendió me dijo en 20 días hábiles llame al teléfono 2855383, “escrito por ella”, para ver que cupo y para cuando el electroencefalograma, como vemos de junio 10 /2005 a la posible fecha que me daban para el examen, no me sentía con valor de esperar, ya que se trataba de una enfermedad sin ninguna patología.

Con exámenes en mano tales como el electroencefalograma y resonancia tomados en la Fundación Cardio-Infantil, por mi cuenta, y en vista de que no me los aceptaba Coomeva porque había que sacar cita a Medicina General, remitir a Neuropediatría y otra vez llegar a lo anterior, busque otro recurso y fui a sacar cita el día 06 de septiembre/2005 con un especialista en neurología infantil, que también pertenecía a la Fundación Cardio-Infantil, Doctor Juan Carlos Pérez Poveda, le contamos todo el procedimiento y me dijo: a su niño hay que tratarlo con Tegretol ya que la diferencia entre Carbamazepina y Tegretol son sus componentes; me dirigía a Coomeva para solicitar cita prioritaria o de urgencia el día 3 de octubre/2005, atendida por el Dr Marco Tulio Campo Caballero, “Médico Pediatra” comentándole todo lo anterior y me dijo sígale dando Carbamazepina porque acá Coomeva no autoriza el Tegretol, déle mucha Loratadina y lo único que debe hacer es no mandarlo solo

a ninguna parte porque a cualquier momento le convulsiona y lo puede atropellar un carro, desilusión total en esos momentos.”⁴⁰(negrilla y subraya fuera de texto)

Además, en la impugnación del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Décimo (10) Civil de Municipal de Bogotá, el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez aporta una fórmula médica emitida por el Doctor Heriberto Pimiento, profesional que, según el padre del menor, está adscrito a la EPS accionada. En ella se ordena el suministro de los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG, para el manejo de las crisis epilépticas que el menor Carlos Andrés Velásquez Silva padece.

Por estas razones, la Sala considera que el cuarto requisito para inaplicar las normas que excluyen medicamentos o procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, se encuentra cumplido.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que en el caso de la referencia Coomeva E.P.S S.A desconoció los derechos fundamentales del menor Carlos Andrés Velásquez Silva al negarle el suministro de los medicamentos CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG pues, el niño reunía todos los requisitos establecidos por esta Corte para el suministro de un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, más aún, cuando se trata de un menor de edad, en estado de debilidad manifiesta por razón de una EPILEPSIA FOCAL que le genera CRISIS CONVULSIVAS y a quien, por expreso mandato constitucional la sociedad -dentro de la que se encuentra incluido Coomeva E.P.S.- le debe una especial protección y la obligación de asistirlo para garantizarle su desarrollo integral y armónico. En consecuencia, se revocaran las sentencias proferidas por los jueces de primera y segunda instancia y se ordenará a Coomeva E.P.S. S.A suministrarle el medicamento CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG al menor Carlos Andrés Velásquez Silva.

IV. 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 los fallos proferidos, en primera instancia por el Juzgado Décimo (10) Civil Municipal de Bogotá el día diez (10) de septiembre de dos mil siete (2007) y, en segunda instancia por el Juzgado Treinta y Seis (36) Civil del Circuito el día diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007), dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Carlos Eduardo Velásquez Velásquez, en representación de su hijo Carlos Andrés Velásquez Silva, contra Coomeva E.P.S. S.A y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la salud, vida, integridad personal, protección a la niñez y de petición del menor CARLOS ANDRÉS VELÁSQUEZ SILVA.

Segundo: ORDENAR al Representante Legal de Coomeva E.P.S S.A, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice el suministro de los medicamentos denominados CARBAMAZEPINA RETARD X 200 MG (TEGRETOL RETARD) y CLOBAZAM (URBADAN) X 10 MG al menor CARLOS ANDRÉS VELÁSQUEZ SILVA, de acuerdo con las prescripciones y periodicidad que para el efecto realice su médico tratante.

Tercero: ADVERTIR a Coomeva E.P.S S.A. que puede repetir lo que pague en cumplimiento de este fallo y que exceda de las prestaciones y beneficios del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, ante la Subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Cuarto: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno1, Folio 18.

2 Cuaderno 1, Folio 18.

3 Cuaderno 1, Folio 1.

5 Cuaderno 1, Folios 5 y 6.

6 Cuaderno 1, Folio 7.

7 Cuaderno 1, Folio 8.

8 Cuaderno 1, Folios 9, 10 y 11.

9 Cuaderno 1, Folios 12 y 13.

10 Cuaderno 1, Folios 14, 15 y 16.

11 Cuaderno 1, Folio 17.

12 Cuaderno 1, Folio 46.

13 Cuaderno 1, Folio 35.

14 Cuaderno 1, Folio 37.

15 Cuaderno 1, Folio 48.

16 Cuaderno 1, Folio 49.

17 Cuaderno 1, Folio 49.

18 Cuaderno 1, Folio 45.

19 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 1995.

20 La mitigación de la “debilidad manifiesta” en la que se encuentran los menores se traduce en una protección especial por parte del Estado a esa fracción poblacional y, en una concesión de validez a todas aquellas acciones y mediadas ordenadas, precisamente, a paliar es debilidad en que se encuentran por su misma naturaleza. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-137 de 2006.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002.

22 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006.

23 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-695 de 2004.

24 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-754 de 2005.

25 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2006.

26 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006.

27 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-973 de 2006.

28 Regido por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad en el que es ineludible sacrificar ciertas necesidades de segundo orden para poder atender un mayor volumen de aquellas del primer orden con los aportes que llegan al Sistema pues, de lo contrario, los aportes hechos al Régimen Contributivo y extendidos al Subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-236 de 1998.

29 Cfr. Corte Constitucional Sentencias T-1007 de 2003 y T-130 de 2007.

30 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, Sentencia SU-819 de 1999 y Sentencia T-237/03.

31 Ver Sentencia T-849 de 2001.

32 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 1080 de 2007. En esa oportunidad la Corte determinó la procedencia del reconocimiento por parte del juez de tutela de servicios de salud,

consistente en la entrega de zapatos ortopédicos a un menor de edad con base en la orden de un médico legista que no se encontraba adscrito a la EPS accionada. Los fundamentos para ello, se centraron principalmente en que la Entidad demandada había tenido la oportunidad dentro del proceso de tutela de controvertir o avalar el dictamen del médico externo y no lo hizo, lo cual permitió a la Sala de Revisión concluir que, es posible ordenar a una EPS el reconocimiento de un tratamiento prescrito por un médico externo, sí ésta ha tenido la posibilidad, dentro del trámite de tutela, de pronunciarse desde el punto de vista médico sobre la orden emanada del personal ajeno a la entidad y no lo hizo. La anterior decisión encontró sustento además, en el derecho al diagnóstico tal y como se explicó en los párrafos precedentes.

33 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-344 de 2002; T- 053 de 2004 y T-1063 de 2005.

34 Ibid.

35 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-936 de 2006, T-227 de 2006, T-616 de 2004 y T-053 de 2004.

36 Cuaderno 1, Folios 9, 10 y 11.

37 Cuaderno 1, Folio 48.

38 Cuaderno 1, Folio 3.

39 Cuaderno 1, Folio 17.

40 Cuaderno 1, Folios 2 y 3.