

Sentencia T-393/05

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Obligación de la ARS de suministrar medicamento comercial ordenado por el médico y no el genérico

Referencia: expediente T-1062357

Acción de tutela de Maria Jazmín Bautista Aponte en representación de su menor hija Cindy Lorena Bautista, contra Hospital La Victoria Nivel III E.S.E.

Procedencia: Juzgado Cuarenta y Dos Civil Municipal de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil cinco (2005).

La Sala Segunda (2a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

La actora presentó acción de tutela el trece (13) de diciembre de 2004, ante el Juzgado Cuarenta y Dos Civil Municipal de Bogotá por los hechos que se resumen a continuación:

A. Hechos

La actora manifiesta que ella y su grupo familiar son beneficiarios del Sisben Nivel II.

Indica la señora Maria Jazmín Bautista Aponte, que actuando en representación de la menor Cindy Lorena Bautista, de 17 años de edad, interpuso acción de tutela contra el Hospital La Victoria E.S.E. con el fin de solicitar la entrega de un medicamento comercial denominado VALCOTE ER 500 mg., ordenado por su médico tratante desde el mes de octubre de 2004, y que la menor requiere para mejorar sus síntomas de epilepsia; la entidad demandada se niega a suministrar el formulado argumentando que el medicamento genérico cuyo principio activo es Divalproato Sodico es el que pueden suministrar, ya que estos no están obligados a suministrar medicamentos comerciales.

Indica que el 19 de octubre de 2004, la menor fue valorada por el Neurólogo y le formuló VALCOTE ER 500 mg., pero como el Hospital demandado no entregó el medicamento, asistió a la Fundación para el Desarrollo Comunitario, y estos oficiaron al Hospital La Victoria para que informara el motivo por el cual no era suministrado, y el último indicó que en la farmacia se encontraba un medicamento parecido Divalproato Sodico (genérico) y que le seria suministrado a la paciente.

Finalmente manifiesta que reclamó el medicamento genérico que le ofrecía el Hospital, pero por no ser el formulado por su médico tratante (VALCOTE ER 500 mg.) sino Divalproato no le funciona, es decir, no le ha surtido ningún efecto positivo a la menor paciente.

Acompañó fotocopias de la orden médica de fecha 19 de octubre de 2004, carné de afiliación, y resumen de la historia clínica de la paciente.

B. La demanda de tutela.

La actora solicita la protección rápida y eficaz de los derechos fundamentales a la salud y vida de su menor hija, por medio de una orden para que el ente demandado autorice la entrega del medicamento prescrito por su médico tratante y no el genérico porque este no tiene la misma efectividad en la paciente.

C. Sentencia de única instancia.

Mediante sentencia del catorce (14) de enero de dos mil cuatro (2004), el Juzgado Cuarenta y Dos Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela solicitada, por las siguientes razones:

Señala que en este caso la actora entiende vulnerados los derechos fundamentales de su

menor hija, argumentando que el Hospital demandado no ha suministrado el medicamento denominado VALCOTE ER 500 mg, formulado por su médico tratante. Pero a su vez, el Hospital la Victoria manifiesta que el 27 de agosto de 2004 fue valorada la menor paciente, y de acuerdo con el médico tratante se le formuló Divalproato de Sodio retard 750 mg y Clobazán 10 mg, y además, se autorizó el ingreso al programa de epilepsia, definiendo el control por especialista en 4 meses. De conformidad con la misma no reporta asistencia a consulta en fecha posterior. De otro lado, según la respuesta dada al requerimiento realizado por la Fundación para el Desarrollo Comunitario Acción 13, estuvo dirigida para la reclamación del medicamento VALCOTE ER 500 mg., y se informó por el Hospital que el medicamento mencionado, cuyo principio activo es Divalproato Sodico se encontraba disponible en la farmacia del mismo Hospital para ser reclamado, y que la farmacia no entrega medicamento que no haya sido debidamente formulado.

Finalmente, el Juez manifiesta que no existe violación a los derechos fundamentales de la menor, ya que el mismo ente accionado afirma que los medicamentos formulados por el médico tratante fueron DIVALPROATO DE SODIO RETARD 750 mg y CLOBAZAN 10 mg, que fueron suministrados y pueden suministrarse siempre que la paciente acuda con la orden respectiva a la farmacia del Hospital. Y como el Juzgado no puede establecer cual de los medicamentos mencionados es mas efectivo para el tratamiento de la enfermedad que padece la paciente, no procede la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

La actora interpone la acción de tutela al considerar que el Hospital la Victoria vulnera los derechos fundamentales de su menor hija, al no autorizar la entrega de los medicamentos formulados por su médico tratante.

Por tanto, corresponderá a esta Sala decidir si en el caso en estudio procede la acción de

tutela.

Tercera. Reiteración – El derecho fundamental a la salud de los niños comprende el suministro de medicamentos necesarios ordenados por el médico tratante¹.

La Corte ha precisado que el derecho fundamental a la salud y seguridad social de los niños, (art. 44 C.P.) comprende además el derecho a que se le proporcionen los medicamentos que alivian cualquier patología en su salud.

En las sentencias T-911 y T-972 de 2001, en cuanto a la protección de los niños afiliados al Régimen Subsidiado frente a requerimientos de medicamentos o tratamientos, se expuso lo siguiente:

“(…) en desarrollo de los criterios sentados en la Sentencia SU-043 de 1995 y en consideración a que la salud de los niños es un derecho fundamental que prevalece sobre los derechos de los demás, se establece que cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos competentes, debe la E.P.S. a la cual está afiliado prestarle el tratamiento requerido, quedando la misma E.P.S. facultada para repetir en contra del FOSYGA.”²

En la Sentencia T-388 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se tuvo en cuenta que existía una nueva reglamentación en cuanto al suministro de medicamentos comerciales y genéricos, al respecto dijo:

“(…) sea del caso precisar que la A.R.S. accionada, fundamenta su negativa de otorgar el medicamento comercial en las regulaciones que sobre medicamentos ha hecho el Acuerdo 228 de 2002.³ De una lectura atenta del artículo cuarto del acuerdo mencionado⁴ se entiende ciertamente que en toda prescripción de medicamentos deberá utilizarse la denominación genérica; sin embargo, la A.R.S. esta facultada para otorgar el medicamento en cualquier presentación (genérica o comercial) siempre que se cumplan los cuatro criterios fijados por el propio Acuerdo 228 del CNSSS: (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. Criterios éstos que obviamente son de competencia del médico tratante (o dado el caso del Comité Técnico Científico de la ARS) quien de acuerdo a su

experticio y al conocimiento clínico del paciente, puede determinar la eficacia del medicamento para el control de la patología que trate, y la calidad, seguridad y comodidad de un medicamento en la vida del enfermo.” (subrayas fuera de texto)

En el caso en estudio, una menor de 17 años que presenta síntomas de epilepsia, le fue recetado el 19 de octubre de 2004 (folio 7) por su médico tratante un medicamento denominado comercialmente VALCOTE ER, pero el Hospital la Victoria solo autorizó la entrega del medicamento cuyo principio activo es el DIVALPROATO SODICO, basada en las reglamentaciones de las ARS para la autorización de medicamentos, y dicho medicamento entregado no ha tenido buenos resultados en el tratamiento de la paciente.

La Sala observa que la jurisprudencia en circunstancias como las que exhibe el presente caso, se cumplen los supuestos fácticos fijados así: (i) una entidad prestadora de salud se niega a suministrar un medicamentos ordenado por el médico tratante (formula medica a folio 7), (ii) a un menor vinculado al régimen subsidiado de salud, (iii) por ser necesario, debido a los síntomas de la epilepsia que padece, según criterio del médico tratante. Por lo tanto la demandada no debe o puede cambiar un medicamento comercial genérico hasta tanto no se cerciore de que ese cambio no le va a afectar al paciente su salud; si decide hacer el cambio debe realizarlo basándose en las reglas arriba mencionadas según el Acuerdo 228 del CNSSS.

Cuando se cumplen estos requisitos se esta en la obligación de otorgar el medicamento, salvo opinión contraria del Comité Médico Científico de la entidad, motivada y avalada en conceptos especializados y pertinentes para el caso específico.

En consecuencia, teniendo en cuenta los apartes de las sentencias mencionadas y las anteriores consideraciones en el caso de la menor Cindy Lorena Bautista, habrá de reiterarse la jurisprudencia de la Corte y conceder la protección de sus derechos.

Por consiguiente, la Sala ordenará que el Hospital la Victoria, suministre el medicamento VALCOTE ER 500 mg, que bajo prescripción del médico tratante debe tomar la menor paciente, por el tiempo que él mismo señale para el control de la enfermedad que aqueja a la menor Cindy Lorena Bautista.

Se garantizará de esa manera el derecho a la salud y la vida de la menor, a la vez que se

reconoce a la entidad accionada su derecho de repetir contra el Fosyga, en el monto en que corresponda a la diferencia de valor entre el medicamento comercial y el genérico, en los términos fijado en la parte resolutive.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil Municipal de Bogotá en la acción de tutela instaurada por la señora Maria Jazmín Bautista Aponte en representación de su menor hija Cindy Lorena Bautista y en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de la menor.

Segundo. ORDENAR al Hospital La Victoria Nivel III E.S.E., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, suministre el medicamento VALCOTE ER 500 mg, que bajo prescripción del médico tratante debe tomar la menor paciente, por el tiempo que él mismo señale para el control de la enfermedad que aqueja a la menor Cindy Lorena Bautista.

Tercero. El Hospital La Victoria Nivel III E.S.E. podrá repetir en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) para que este asuma la diferencia del costo en que incurra en el suministro del medicamento indicado. Pago que deberá verificarse en el término de seis meses (6) contados a partir de la respectiva solicitud

Cuarto: Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-388/03 M.P. Manuel José Cepeda

2 Sentencia T-972/01; M.P. Manuel José Cepeda. Posición reiterada en las sentencias T-280 de 2002 y T- 145 de 2003.

3 Expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS, “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.”

4 Artículo 4º.- La utilización de las Denominaciones Comunes Internacionales (nombres genéricos) en la prescripción de medicamentos será de carácter obligatorio. Los medicamentos a dispensar deben corresponder al principio activo, forma farmacéutica y concentración prescritos, independientemente de su forma de comercialización (genérico o de marca), siempre y cuando se conserven los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente.