

Sentencia T-646/05

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo/DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Protección constitucional especial

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Hipótesis fácticas que la determinan

Referencia: expediente T-1113030

Acción de tutela instaurada por la señora Luz Marina López Melo (en representación del menor Andrés Felipe Jaramillo) contra SaludCoop E.P.S.

Procedencia: Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira.

Magistrado ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005).

La Sala de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela de fecha marzo 2 de 2005 adoptado por Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, que negó la tutela instaurada por Luz Marina López Melo en representación del menor Andrés Felipe Jaramillo López, contra SaludCoop E.P.S.

El Expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira, 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.

El 17 de febrero de 2005, la señora Luz Marina López Melo, en representación del menor

Andrés Felipe Jaramillo López, presentó acción de tutela ante el Juzgado Penal Municipal de Pereira (Reparto), por los hechos que se resumen a continuación.

A. Hechos.

1. Relata la señora Luz Marina López Melo que su hijo de tres años de edad se encuentra afiliado en calidad de beneficiario a SaludCoop E.P.S.

1. Explica que al menor le han sido diagnosticadas las siguientes enfermedades: “Rinitis Alérgica, reflujo, hipertrofia Adenoidea”, por lo que requiere de permanente atención médica especializada al igual que el suministro de los medicamentos denominados: “Alzair (Pranlukast) 0.50 MgX30 dos (2) cajas mensuales y Clifar (jarabe) cuatro 4 frascos mensuales”. Sin embargo, la entidad demandada negó uno de los medicamentos indicando que este se encuentra por fuera del POS.

1. Expresa que el menor Andrés Felipe tiene pendiente una cirugía de cataratas congénitas por lo que requiere la atención de una cita con el Oftalmopediatra.

1. Explica que la atención médica ha sido deficiente, motivo por lo cual se ha visto en la obligación de acudir a médicos particulares, toda vez que los médicos adscritos a la E.P.S SaludCoop no le han ordenado en debida forma los medicamentos que deben combatir los problemas de salud de su hijo.

1. Argumenta que no cuenta con los medios económicos para continuar costeados los tratamientos y medicamentos especializados que requiere su hijo.

B. La Acción de Tutela

Se interpone la Acción de Tutela con el objeto de que sean protegidos los derechos a la vida, la salud, la dignidad humana del menor Andrés Felipe Jaramillo, a quien según relata la accionante se le han diagnosticado varias enfermedades, y por tanto, con el objeto de paliar tal daño a la salud, los tratamientos y medicamentos los han tenido que sufragar mediante citas con especialistas particulares como la entidad de salud (Prevenir), en tanto que SaludCoop E.P.S., no ha brindado el tratamiento ni los medicamentos adecuados. La tutela se interpone con el objeto de que se autoricen por parte de la E.P.S., unos medicamentos que no están incluidos en el POS.

C. Pretensión

La actora considera que han sido vulnerados los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana y a la salud de su hijo. Por lo que, solicita se ordene a SaludCoop E.P.S., autorice en forma inmediata el tratamiento integral que requiere el menor: cita con el optalmopediatra y los medicamentos “Azlaire (Pranlukast) 0.50 MGX30 dos (2) cajas mensuales y Clifar (jarabe) cuatro (4) frascos mensuales”. De igual forma los demás medicamentos, tratamientos médico - quirúrgico hospitalarios que comprendan un tratamiento integral indispensable para la recuperación de la salud y conservación de la vida en condiciones dignas.

II SENTENCIA QUE SE REVISA

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante Sentencia del (2) de marzo, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira (Risaralda) niega la tutela, al considerar que efectivamente el menor Andrés Felipe Jaramillo López padece una enfermedad que afecta su salud, pero no pone en peligro su vida (según consta en las pruebas, allegadas y practicadas en el proceso), y de igual manera el medicamento puede ser reemplazado por otro del POS. Sin embargo, sostiene la Instancia que los padres del menor no poseen los medios económicos suficientes para costear los medicamentos. El Juzgado considera entonces, que no se reúnen varias de las subreglas que la jurisprudencia ha desarrollado para la procedencia de la autorización de medicamentos que se encuentran fuera del POS.

III CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. - Competencia

La Sala es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del decreto-ley 2591 de 1991.

Segunda. - Lo que se debate.

De conformidad con los antecedentes narrados, corresponde a la Corte determinar si la E.P.S., SaludCoop, al negarle al beneficiario Andrés Felipe Jaramillo López, los medicamentos “Pranlukast y Clifar”, por no estar dentro del POS, ha violado los derechos a la salud, la vida y la dignidad humanas. El menor Andrés Felipe Jaramillo López se encuentra afiliado al sistema general de seguridad social en salud en el régimen contributivo como beneficiario desde el 21 de diciembre de 2001. Se solicitó el suministro a la E.P.S. SaludCoop de los medicamentos: “Pranlukast” 50 mg x 30 y “Clifar (Jarabe)”, 4 frascos. Los medicamentos fueron prescritos en principio, por un médico particular perteneciente a la entidad de medicina (Prevenir), posteriormente uno de ellos Azlaire (Pranlukast) fue formulado por un médico de la E.P.S. Dichos medicamentos han sido negados por el Comité Técnico Científico de la E.P.S., al considerar que no hay evidente compromiso de la vida del paciente y por cuanto el medicamento “Pranlukast” que si fue formulado por un médico de SaludCoop no se encuentra en el POS.

Tercera.- Análisis Jurisprudencial del derecho a la salud y del caso concreto.

Se trata entonces, de una solicitud para que la E.P.S., SaludCoop realice la entrega a un menor de edad de un medicamento que no se encuentra en el POS. Esta situación conduce a la Sala a analizar tres aspectos principales: 1. La vulneración del derecho a la vida y a la salud por la no entrega de medicamentos; 2. El derecho a la seguridad social en salud como fundamental en el caso de los menores; 3. Procedencia de la acción de tutela cuando los medicamentos no se encuentran en el POS.

1. El derecho a la salud y la vida en condiciones dignas en relación con el derecho a la

seguridad social en salud – Reiteración de jurisprudencia.

La pretensión principal de la presente acción de tutela consiste en procurar el amparo de los derechos a la vida, salud y dignidad de un menor de edad, cabe enfatizar aquí que el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiriera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.¹ El caso que se revisa, se trata de un paciente menor de edad que goza de una especial y reforzada protección constitucional y cuyo derecho a la salud es fundamental.

De allí, en un primer orden de ideas, cabe advertir que sobre este punto el Juez de Instancia hace una consideración equívoca al no tener en cuenta que el derecho a la salud de los niños se protege de forma autónoma, sin necesidad de establecer que en su afectación se encuentren comprometidos otros derechos, como la vida en condiciones de dignidad. En este entendido es necesario entonces, examinar las particularidades propias que se debaten en este amparo.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional han ido afianzando el tema sobre la procedencia de la tutela, cuando se trata de exclusión de medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, en relación con los derechos a la vida y a la salud. Si bien, el derecho a la salud no posee el carácter de fundamental, si lo puede adquirir cuando en un caso particular se encuentra ligado a un derecho catalogado como fundamental o cuando se trata del derecho a la salud de un menor. Al respecto ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación,² que la prestación de los servicios de salud como parte de la seguridad social y por su naturaleza prestacional es un servicio público de amplia configuración legal. En tal sentido, corresponde entonces a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (C.P. 48 y 49). Sentencia C- 177 de 1998. Sin embargo, en la misma jurisprudencia se aclaró lo siguiente:

“La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el

derecho a la integridad personal”³.(Subrayado y notas del fallo T-086 de 2005).

2. Protección del derecho a la salud del menor de edad.

Como se mencionó de manera precedente, con base en la disposición constitucional del artículo 446 y en los tratados internacionales, la Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado que para el caso de los menores el derecho a la salud es fundamental autónomo por cuanto no requiere que su afectación se encuentre en conexidad con otro derecho fundamental.⁷ Se trata de un derecho prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se vulnera su núcleo esencial⁸. En la sentencia SU- 819 de 1999, que invocó la Sentencia 165 de 1995, reiterada por la Sentencia T- 093 de 2005, la Corte precisó lo siguiente:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”. 9 (T- 093 de 2005).

En el mismo sentido, la Corte ha dicho que esta protección incluye aquella que debe brindar el Estado:

“El Estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los menores, sino que debe abstenerse, a través de todos sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, de poner en riesgo tan preciado derecho”. Ello, se reitera, por considerar que el niño forma parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, debiendo adelantar una política de especial atención hacia ellos”.¹⁰ El derecho a la protección de la seguridad social en salud ha sido concretado especialmente “en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.”¹¹ (notas del fallo T-093 de 2005)¹².

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en cuanto a que, tratándose de niños, la salud y la seguridad social son derechos fundamentales y los mismos deben ser garantizados de manera especial por parte del Estado, “no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.”¹³ (notas del fallo T- 128 de 2005).

Sin embargo, dado el argumento del Juez de Instancia, para sustentar el fallo, cabe aquí precisar que el derecho a la vida “no solo incluye el respeto a la vida biológica, sino que abarca también condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano¹⁴”. Esta Corporación tuvo la oportunidad de referirse en la Sentencia T-211 de 2004, a los valores superiores de la vida y la dignidad humana, concluyendo que “la acción de tutela puede prosperar no sólo ante circunstancias graves que tengan la virtualidad de comprometer las funciones vitales de una persona, sino ante eventos que pueden ser de menor gravedad pero que puedan llegar a desvirtuar claramente la calidad de vida de las personas¹⁵. Sobre el particular la Sentencia SU 062 de 1999, reiterada en la Sentencia T-016 de 2005 se ha referido al tema al precisar que el derecho a la vida digna incluye el sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, llamándolo mínimo vital de subsistencia.

3. Exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud- Reiteración de Jurisprudencia.

Siguiendo la línea del derecho a la salud como un derecho de configuración legal se tendrá que analizar cómo se regula dicho derecho con relación a las limitaciones en cuanto a los servicios prestados por en el sistema General de Seguridad Social en Salud. El Plan Obligatorio de Salud consagró que quienes se encuentren afiliados al régimen contributivo contarán con un conjunto de servicios de salud que deberán ser proporcionados por las Empresas Promotoras de Salud¹⁶. Se determinó entonces los servicios de salud a prestar e igualmente se establecieron las limitaciones y exclusiones en tales servicios, siendo definidas éstas excepciones como a “aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos

o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”¹⁷. Sobre este particular se refirió la Sentencia T-086 de 2005.

Se desconoce entonces el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones¹⁸, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,¹⁹ como en el régimen subsidiado,²⁰ indicando, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,²¹ a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere.²² (notas del Fallo) “La orden que el juez de tutela debe impartir para proteger el derecho a la salud, en todo caso debe depender en términos generales, del tipo de servicio médico solicitado por la persona y del régimen de salud en el cual se encuentra inscrita (contributivo y subsidiado)”. (Sentencia T-300 de 2005).

Precisado de esta manera el derecho a la seguridad social en salud, la Corte Constitucional para salvaguardar el derecho a la salud y a la vida, con base en la supremacía y fuerza normativa que posee la Constitución, ha procedido en varias oportunidades a “inaplicar la reglamentación que excluye el tratamiento o suministro de medicamentos requeridos por los afiliados a las diferentes Entidades Prestadoras de Salud, para ordenar que estos le sean prestados o suministrados, y evitar, de ese modo que las limitaciones existentes y contempladas en normas legales o regulaciones administrativas limiten o nieguen el efectivo goce de sus garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad²³”. (Se pueden consultar también las Sentencias: T-150 de 2000. T-016 de 2005; T-984 de 2004). Inaplicación que procede aún más cuando se trata de la vida e integridad de un menor.

De manera específica y respecto a la autorización de un medicamento, esta Corporación en Sentencia T-300 de 2005, en reiteración manifestó: “Cuando el servicio médico requerido es un medicamento, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud tiene la obligación de suministrarlo, tanto en el régimen contributivo (EPS)²⁴ como en el régimen subsidiado (ARS),²⁵ asistiéndole a la respectiva entidad el derecho de repetir contra el Estado por el monto que, según las normas legales y reglamentarias, no le corresponda asumir²⁶”(notas del fallo).

En el presente caso (1) la falta del medicamento Azlaire (Pranlukast) afecta la integridad física de la solicitante (2) no puede ser sustituido por otro que se encuentre en el plan obligatorio; (3) no puede costearlo y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que la beneficie, y (4) fue ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio.

Se demostró que el Comité Técnico Científico de la E.P.S. demandada, negó la autorización del suministro del medicamento con el único argumento de no encontrarse dentro del POS. Sobre el particular la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, entre otros en la Sentencia T-300 de 2005 afirmó que la opinión del médico tratante debe prevalecer sobre la de cualquier otro miembro de la E.P.S.²⁷. Respecto a las funciones del Comité Técnico se explica en el citado fallo:

“(…) El Comité Técnico Científico está constitucionalmente autorizado para negar un medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, prescrito por el médico tratante si cumple con algunos requisitos mínimos entre los que cabe anotar: (1) consultar la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y, (2) la historia clínica del paciente.²⁸” Así por ejemplo, no puede en ningún caso fundamentar su decisión exclusivamente en que el medicamento, tratamiento o prueba de diagnóstico, no se encuentra incluido en el POS²⁹, o en que no se han probado todas las alternativas que ofrece el POS³⁰ o en que no se vulnera la vida del paciente de manera inminente³¹ o en que le falta información para decidir³²”. (notas del fallo).

En el caso en examen el paciente se encuentra afiliado a la empresa prestadora de salud de la que reclama la atención y el medicamento que pretende sea autorizado por la E.P.S fue prescrito por un médico adscrito a la E.P.S., demandada. Esto es, uno de los medicamentos que se solicita: Azlaire Planlukast fue formulado por el médico de SaludCoop E.P.S según aparece a folio (21) en la solicitud de justificación médica de la E.P.S., se le indica Pranlukast 50 mg un sobre al día por 6 meses, solicitud firmada por el médico pediatra John Byron Martínez. Por tanto, la entidad demandada debe proveer el medicamento que un médico de su entidad ha formulado, aún más cuando se ha demostrado dentro del proceso que la familia no cuenta con solvencia económica según lo expuesto por la actora en la declaración surtida en primera instancia.

La tutelante se refirió en esa oportunidad a su difícil situación económica que impide sufragar los gastos del medicamento, expuso que el salario que devenga su esposo se contrae al mínimo más comisiones. Por su parte la E.P.S., demandada probó el salario base de cotización seiscientos ochenta y cinco mil doscientos ochenta y ocho pesos (\$685.288). esto es, se trata de un sueldo que no llega a los dos salarios mínimos. Lo anterior, lleva a concluir que el padre del menor no puede con este salario cubrir los gastos del medicamento, mas sus gastos familiares si se tiene en cuenta que según la declaración rendida ante el Juez Cuarto Civil Municipal de Risaralda, la señora Luz Marina López Melo, argumento no trabajar. En efecto, lo que se debe probar es que los peticionarios efectivamente cuenten con los recursos suficientes para sufragar el procedimiento, tratamiento, medicamento o en general el servicio médico que requieran. Lo que no puede hacer el juez de tutela es no conceder el amparo en bajo determinadas suposiciones sobre la incapacidad económica de los accionantes. En reiterada jurisprudencia se ha dicho que “la declaración o afirmación del accionante en ciertos casos, es suficiente para probar tal incapacidad económica”.³³ Así lo ha mencionado la Corte Constitucional en Sentencia T-883 de 2003 respecto a la insuficiencia de recursos económicos “(...) el requisito jurisprudencial expuesto sobre la insuficiencia de recursos económicos no se considera insatisfecho por el simple hecho que el afectado tenga algún ingreso, sino que debe acreditarse que éste es suficiente para sufragar el valor del tratamiento o fármaco requerido.”

La Corte Constitucional, en Sentencia T-744 de 2004³⁴, al consultar entre otras la Sentencia T-683 de 2003, reiteró en los siguientes términos la línea jurisprudencial referente a la prueba de la incapacidad económica en el trámite de la acción de tutela:

1. No existe una tarifa legal en materia probatoria, respecto a la prueba de la incapacidad económica del accionante. Si bien en la SU-819 de 1999³⁵ se afirmó que, en el caso que se estaba revisando, el accionante debía aportar un balance certificado por contador o su declaración de renta o un certificado de ingresos y salarios, para probar la incapacidad económica que alegaba, en fallos posteriores, esta Corporación ha aclarado que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante (sic) pruebe la incapacidad económica que alega³⁶.

La Corte Constitucional ha precisado que los medios probatorios señalados en la sentencia SU-819 de 1999 no son taxativos, y que el accionante dispone de completa libertad para

utilizar otros medios probatorios que estén a su alcance, para demostrar que no tiene los medios económicos suficientes para pagar el valor que se le exige, para acceder a un servicio médico determinado....

Ahora bien, con respecto al otro medicamento que solicita la actora, esta Sala no se pronunciará por cuanto el mencionado medicamento denominado: Clifar no fue formulado por el médico adscrito a la E.P.S., demandada.

Ahora bien, de conformidad con lo narrado en el cuestionario realizado por el Juez de Instancia, los médicos tratantes al ser preguntados sobre si el medicamento puede ser reemplazado por otro, afirmaron lo siguiente: El galeno de la entidad de medicina "Prevenir," sostiene que los medicamentos pueden ser reemplazados por otros que se encuentren dentro del POS, pero que la medicación a escoger queda a discreción del médico tratante de la E.P.S. Por su parte el médico de la E.P.S. demandada, afirma que si bien, el medicamento Azlaire (Pranlukast) no tiene en el POS otro con su misma actividad antiinflamatoria, existen otras alternativas para el manejo de la patología que pueden ayudarle a controlar la enfermedad.

Ahora bien, sin perjuicio de que la E.P.S deba entregar el medicamento no incluido en el POS formulado por el médico tratante, debe igualmente entregar el medicamento que pueda reemplazar al que se solicita, si así lo formula el médico tratante de la E.P.S., para salvaguardar la vida e integridad del menor.

De otro lado, la solicitud de la actora de la cita con el especialista en oftalmopediatría se encuentra superada según aparece la cita ya concedida a folio (50).

En este caso se verificó que el derecho fundamental a la salud, se encuentra amenazado por cuanto SaludCoop E.P.S., no le ha proporcionado el medicamento al menor Andrés Felipe Jaramillo López. Por tanto, debe la E.P.S demandada efectuar los trámites necesarios para la autorización del medicamento que ha sido formulado por el médico tratante de dicha entidad.

IV 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 el fallo proferido por Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pereira (Risaralda) de fecha marzo (2) de 2005, que denegó la acción de tutela promovida por la señora LUZ MARINA LÓPEZ MELO en representación del menor ANDRÉS FELIPE JARAMILLO LÓPEZ contra SaludCoop E.P.S.

Segundo.- TUTELAR el derecho a la salud del menor Andrés Felipe Jaramillo López contra SaludCoop E.P.S., en consecuencia ORDENAR a SALUDCOOP que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, suministre el medicamento Azlaire (Pranlukast) ordenado por el médico tratante. Se advierte que el desconocimiento de lo aquí ordenado constituye un grave desacato.

Tercero.- NO SE ORDENARA, la entrega del medicamento Clifar, por cuanto no fue ordenado por el médico tratante de SaludCoop E.P.S

Cuarto.- Reconocer al SaludCoop E.P.S. el derecho a cobrar al Estado, a través del Fosyga, todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir; el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS

Quinto. - Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Risaralda notificará esta Sentencia dentro del término de cinco días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencias T- 530 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1019 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-972 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y T-265 de 2005 entre otras

2 Sobre el tema la Corporación ha manifestado: “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida” (Sentencia T-571 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein).

3 Sentencia C-177 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 Ver entre otras las siguientes sentencias: T-058 de 2004 (Manuel José Cepeda Espinosa), T-178 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-1204 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

5 T-007 de 2005. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

6 La norma señala que son derechos fundamentales de los niños, la vida, la integridad física,

la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener un familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, otorgándoles a su vez, prevalencia sobre los derechos de los demás.

7 Sobre este tema pueden estudiarse, entre otras, las sentencias T-075/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-286/98 M.P. Fabio Morón Díaz T-558/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-046/99 M.P. Hernando Herrera Vergara; T-887/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-414/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-421/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-972 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda T-1019/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T- 530 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentarías, T-338 de 2005.

8 Sentencia SU 819 de 1999 y Sentencia T-1008 de 2004.

9 Corte Constitucional. Sentencia SU-819/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

10 Sentencia T-1008 de 2004

11 Sentencia T-076 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Doctrina reiterada recientemente en la sentencia T-801 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

12 Ver también sobre la protección de los derechos a la salud y seguridad social de los menores entre otras T-128 de 2005.

13 Sentencia T-076 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Doctrina reiterada en la sentencia T-801 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y también entre otras en T-096 de 2005, T-186 de 2005, 265 de 2005.

14 SU 062 de 1999.

15 Sentencia SU 062 de 1999. Ver también 1081 de 2001.T-597 de 2003. En la Sentencia T-175 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte afirmó que es indispensable manejar un noción de vida y salud más amplia que la ordinaria- de salud- vida- muerte, y que corresponde a la que la jurisprudencia ha relacionado con el concepto de dignidad humana,

al punto de sostener que la noción de Vida. T645 de 1996.15” .

16 Sobre el tema ver la Sentencia T-1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

17 Artículo 86 del Decreto 806 de 1998. Ver Sentencias: T-145 de 2005, T-229 de 2002, SU 111 y SU 480 de 1997, T-236, T-283 y T-560 de 1998.

18 Entre otras T-300 de 2005,

19 Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001 (MP Fabio Morón Díaz); T-591 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-058 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-750, T-828 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-882 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-901 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-984 de 2004 (MP Humberto Antonio Sierra Porto); T-016 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-024 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

20 Ver, entre otras, las sentencias T-829 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-841 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-833 (MP Jaime Araujo Rentería) y T-868 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-096 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

22 T-300 de 2005. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

23 Ibídem.

24 Así lo ha decidido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-1181 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); T-992 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-599 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-883 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño); T-494 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y T-977 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería); T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). De igual forma, la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud (Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social) establece que, tanto en las EPS como en las ARS, existirá un Comité Técnico Científico (artículo 1° de la Resolución), que tendrá, entre otras funciones, autorizar el suministro de “los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales” (artículo 4° de la Resolución).

25 Por ejemplo, en la sentencia T-1043 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) se

resolvió reiterar “(...) lo decidido por la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-1020 de 2000, en el sentido de reconocer que cuando a una persona afiliada al régimen subsidiado de salud requiere que se le suministre un medicamento, la entidad encargada de prestarle el servicio de salud deberá entregarlo, así no se encuentre dentro de los medicamentos contemplados dentro del P.O.S.S., cuando el médico tratante así lo ha ordenado y éste es necesario para proteger su vida.” En este caso, la Corte también tuvo en cuenta que el entonces Ministerio de Salud (hoy Ministerio de la Protección Social) reiteró esta obligación de las ARS mediante la Resolución 3384 de 2000, la cual establece: “Artículo 4°— Responsabilidad de las ARS en el régimen subsidiado frente a los medicamentos NO-POSS incluidos en las normas técnicas y guías de atención. Para garantizar el derecho a la vida y a la salud de las personas, las ARS deberán garantizar el acceso a medicamentos no incluidos en el manual de medicamentos adoptado a través del Acuerdo 83, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 110 del CNSSS.” (acento fuera del texto original)

26 En estos casos la jurisprudencia ha reconocido el derecho que le asiste a la respectiva entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, para repetir contra el Estado, el monto de servicio médico que no le corresponde asumir, a través del Ministerio de la Protección Social, del Fondo de solidaridad y garantías Fosyga. Recientemente, además de reconocer el derecho que le asiste a la entidad, la jurisprudencia ha exigido que el administrador del Fosyga, a los 15 días de presentada la solicitud de pago por parte de la entidad respectiva, pague lo adeudado o indique cuándo lo hará —al respecto ver, por ejemplo, la sentencias T-945 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto)—; indicando que, en todo caso, el pago debe hacerse antes de transcurridos 6 meses, contados a partir del momento en que se presente la solicitud — al respecto ver, por ejemplo, la sentencias T-1210 de 2003 y T-882 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Así pues, en los casos en que se imparta esta orden, se resolverá ‘reconocer que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio (EPS o ARS) puede repetir contra el FOSYGA el monto de lo que gaste en virtud de la orden impartida y no le corresponda asumir en virtud de las normas legales y reglamentarias; el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará y luego, la cual no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud de pago’.

27 Ver, entre otras, las sentencia T-666 de 1997 (M.P Alejandro Martínez Caballero);

T-155/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-179/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández).

28 En la sentencia T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte Constitucional decidió que “(...) mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una E.P.S., la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del P.O.S., 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.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-1007 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-1083 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa); T-053 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-616 (MP Jaime Araujo Rentería), T-1192 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1234 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

29 En la sentencia T-414 de 2001 (M.P Clara Inés Vargas Hernández) se ordenó a una E.P.S. suministrar Hormona de Crecimiento, medicamento recetado por el médico tratante a una niña con Síndrome de Turner, que había negado el Comité Técnico Científico porque no estaba contemplado en el P.O.S. Ver también T-786 de 2001 (M.P Alfredo Beltrán Sierra).

30 En la sentencia T-284 de 2001 (M.P Álvaro Tafur Galvis) se ordenó a una E.P.S. suministrar a una señora la droga recomendada por el médico tratante, pese a que el Comité Técnico Científico señalaba que no era necesario porque existían medicamentos sustitutos contemplados por el P.O.S. que aún no se habían intentado. Ver también: T-344 de 2002 (M.P Manuel José Cepeda).

31 En la sentencia T-566 de 2001 (M.P Marco Gerardo Monroy Cabra), donde se ordenó a una E.P.S. que en el término de 48 horas remitiera a una afiliada al médico tratante para que este fijara qué hacer en el caso de una menor que padecía Síndrome de Poland -no desarrollo del seno derecho-, que había sido negado inicialmente por considerar que se trataba de un procedimiento estético. Ver también: T-722 de 01 (M.P Rodrigo Escobar Gil).

32 En la T-1188 de 2001 (M.P Jaime Araujo Rentería) se decidió que una E.P.S. viola los derechos de un afiliado, cuando somete a interminables reuniones del Comité Técnico

Científico de la entidad la aprobación de un medicamento del que depende la vida, dignidad o integridad física de aquel, en especial debido a que se trataba de una menor.

33 Sentencia T-819 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-093 de 2005 y T-145 de 2005.

34 T-744 de 2004. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

35 SU-819 de 1999 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

36Al respecto, en la sentencia T-683 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett) se señaló lo siguiente: “De la revisión de una parte de la jurisprudencia constitucional en materia de condiciones probatorias del tercero de los requisitos (incapacidad económica del solicitante) para la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS, mediante órdenes de tutela, la Corte concluye que: (...) (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba”. En el mismo sentido, ver también la sentencia T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), entre otras. Que no exista una tarifa legal respecto a la incapacidad económica, no significa que no se deba probar la incapacidad. Así por ejemplo, en la sentencia T-002 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) se negó la acción de tutela porque el accionante no había probado de manera alguna que carecía de la capacidad económica suficiente para cubrir los costos de los servicios médicos que requería. Ni siquiera así lo afirmó en la demanda.