

Sentencia T-705/11

DERECHO A LA SALUD-Fundamental

ACCION DE TUTELA-Procedencia para proteger derecho a la salud

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo según instrumentos internacionales

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Garantía del derecho a la salud

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y DERECHO A LA SALUD-Concepto no se limita a estar sano ya que debe atender condiciones biológicas y socioeconómicas de las personas

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-Procedencia de la acción de tutela para su protección

SERVICIOS MEDICOS Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS-Prestación en condiciones de oportunidad, eficiencia y calidad

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Contenido

CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO-Una vez iniciado no podrá ser interrumpido de forma súbita antes de la recuperación o estabilización

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental y prevalente

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN-Condición de debilidad no es razón para restringir el ejercicio de sus derechos

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Reiteración de jurisprudencia

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS BAJO SU DENOMINACION GENERICA O COMERCIAL-
Procedencia de la acción de tutela

PRESCRIPCION DE MEDICAMENTOS BAJO SU DENOMINACION COMERCIAL-Criterios del médico tratante frente a medicamentos genéricos

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-
Reiteración de jurisprudencia

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DE REGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO-Reglamentación
del servicio de transporte o traslado de pacientes dentro del territorio nacional

DERECHO A LA SALUD Y VIDA DE MENOR DE EDAD CON EPILEPSIA-Suministro de
medicamentos bajo denominación comercial según prescripción médica

ACCION DE TUTELA DE MENOR DE EDAD CON EPILEPSIA CONTRA EPS-Gastos de transporte y
estadía de paciente y acompañante en caso de controles médicos en lugar distinto al de
residencia

Referencia: expediente T-3070369

Acción de tutela interpuesta por Lucely Molano Burbano, como agente oficiosa de Camilo
Enrique Pavi Molano, en contra de Saludcoop E.P.S..

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011)

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado 2° Civil Municipal
de Popayán en la acción de tutela instaurada por Lucely Molano Burbano, como agente
oficiosa de Camilo Enrique Pavi Molano, en contra de Saludcoop E.P.S..

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 29 de marzo de 2011, la señora Lucely Molano Burbano promovió acción de tutela, como agente oficiosa de Camilo Enrique Pavi Molano, en contra de Saludcoop E.P.S. por considerar vulnerados sus derechos a la vida y a la salud.

1.1. Sostiene que su hijo tiene 11 años y que, desde hace dos meses, presenta crisis epilépticas, razón por la cual se encuentra en control médico.

1.2. Relata que su hijo Camilo fue remitido a consulta en Cali con el neurólogo pediatra adscrito a la E.P.S., Dr. Juan Carlos Posada, quien después de observar su situación médica, aconsejó un tratamiento mínimo de dos años. En ese momento, la accionante le comentó a este especialista que le estaba suministrando el medicamento Tegretol de 200 mg por recomendaciones de un pediatra consultado.

1.3. Expone que le solicitó al médico adscrito a la E.P.S. que autorizara el Tegretol puesto que el niño no toleraba el fármaco Carbamazepina y las convulsiones habían continuado, a lo que éste respondió que no podía prescribir el medicamento “hasta que no formulara tutela”. Sin embargo, señala que en la historia clínica el especialista consignó “CONVULSIONES SÓLO RESPONDEN A TEGRETOL 200”.

1.4. Asimismo, asevera que acudió a Saludcoop para que hicieran entrega del Tegretol. En respuesta, la E.P.S. se negó a suministrarlo, alegando que tenía que allegar fórmula médica y debía acudir a otra consulta con el neurólogo pediatra.

1.5. Expresa que no le es posible desplazarse desde Popayán a Cali para asistir a la cita, porque no cuenta con los medios económicos suficientes. Adicionalmente, considera que el médico volvería a negar la autorización del medicamento que en dos ocasiones le ha solicitado.

1.6. Destaca que de no tomar el Tegretol, su hijo corre el riesgo de convulsionar sucesivamente y quedar “como un vegetal”.

Por lo anterior, pide que se tutelen los derechos de su hijo y se ordene la entrega del medicamento Tegretol 200 mg. También reclama que se le conceda el tratamiento integral de la enfermedad que padece y que, en el caso de que la prestación de los servicios se

establezca en Cali, le suministren pasajes y demás gastos necesarios para el viaje. Finalmente, solicita, como medida provisional, que se ordene el suministro de “al menos una caja de Tegretol 200 mg” para garantizar el buen estado de salud de Camilo Enrique.

2. Contestación de la entidad accionada

El Director Seccional de Saludcoop E.P.S., Héctor Hermes Ruiz Mejía, sostuvo que el medicamento solicitado por la accionante era comercial por lo que no tenía la obligación de suministrarlo. Explicó que el fármaco genérico tenía los mismos fines terapéuticos que el de marca, en concordancia con el artículo 4 del Acuerdo 228 de 2002, lo cual se reflejaba en la decisión del Comité Técnico Científico que aprobó la entrega de la Carbamazepina. En este sentido, pidió la vinculación del INVIMA para que corroborara lo anterior.

Respecto de la posibilidad de ordenar la protección integral de los derechos invocados, recomendó que se indicara específicamente el medicamento autorizado para evitar que se asuman, a futuro, prestaciones que no tienen relación con la enfermedad padecida o que no afectan la vida.

Finalmente, solicitó que se declarara la existencia de un hecho superado dado que han autorizado todos los servicios requeridos y ordenados por los médicos tratantes.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de única instancia

El Juzgado 2 Civil Municipal de Popayán, mediante Auto número 695 del 30 de marzo de 2011, decidió admitir la demanda de tutela y decretar la medida provisional solicitada, por lo que ordenó la entrega del medicamento Tegretol 200 mg.

En providencia del 11 de abril de 2011, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados. Estimó que el amparo no era viable ya que el medicamento Tegretol 200 mg no había sido prescrito por el neurólogo pediatra adscrito a Saludcoop.

Expuso que la protección era improcedente puesto que la progenitora del paciente debía interponer una acción de tutela que ordenara el suministro del fármaco, tal y como lo señaló el neurólogo tratante, ya “que la relación paciente-empresa promotora de salud implica que

el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la E.P.S. correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la E.P.S. quien puede disponer el tratamiento, o prescribir el medicamento". Por último, ordenó dejar sin efectos la medida provisional decretada.

III. PRUEBAS

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

* Fotocopia de la solicitud y justificación médica para medicamento no POS diligenciada por el neurólogo pediátrico adscrito a Saludcoop E.P.S. (folio 3).

* Fotocopia del informe médico correspondiente a la consulta de neurología pediátrica llevada a cabo el 28 de marzo de 2011 (folio 5).

* Fotocopia del reporte de atención de urgencias prestada el 27 de febrero de 2011 en la Clínica Popayán (folio 7).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si se vulnera, por parte de una Entidad Prestadora de Salud, los derechos a la salud y a la vida digna de un paciente menor de edad al no suministrar el medicamento Tegretol 200 mg, por argumentar que no tiene la obligación de hacerlo, ya que éste tiene los mismos fines terapéuticos que el genérico. Asimismo, se deberá evaluar si se obstaculiza el acceso a los servicios médicos que se requieren debido a que la atención del especialista se presta en un lugar diferente al de residencia del accionante.

Para abordar este problema jurídico, se recordará la jurisprudencia constitucional respecto de: (i) el derecho a la salud como derecho fundamental, especialmente en lo referido a los niños y las niñas; (ii) el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud y los criterios que deben tenerse en cuenta para autorizar el suministro de fármacos sin limitarse a su denominación genérica; (iii) el cubrimiento de gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las E.P.S. Con base en ello, (vi) se procederá a revisar el caso concreto.

3. El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por medio de la acción de tutela

3.1. El artículo 49 de la Carta Política consagra la salud como un valor con doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y, por otro, en un servicio público de carácter esencial. De esta forma, establece la obligación a cargo del Estado de garantizar a todas las personas la atención que requieran, así como la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, protección y recuperación¹.

3.2. Ahora bien, la Corte Constitucional reconoce actualmente que la protección del derecho a la salud puede lograrse en sede de tutela y que tiene el carácter de fundamental de forma autónoma. Asignarle dicha calidad, ha expresado esta Corporación², ha sido el resultado de una evolución jurisprudencial³ y la observancia de la doctrina y los instrumentos internacionales sobre la materia.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, le impone la obligación a los Estados Parte de garantizar a los niños y niñas “el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”⁴.

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000⁵, expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que éste debe atender las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona y los recursos con los que cuenta el Estado. Así, “debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. Además, planteó que las

medidas que deben adoptar los Estados en esta materia debían abarcar los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

3.3. Al referirse al tema de accesibilidad, esta Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos “indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”⁶. De forma que se “garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona”⁷.

En este punto cabe resaltar que su prestación debe darse en condiciones de oportunidad, eficiencia y calidad. Así, la Corte ha expresado que el derecho a la salud se considerará vulnerado cuando, a pesar de haber sido autorizado el servicio médico, éste no haya sido garantizado oportunamente. Lo mismo sucederá si se entrega un medicamento o procedimiento de mala calidad⁸, o si se niega o demora su suministro por surtir trámites burocráticos y administrativos que al paciente no le corresponde asumir⁹.

Específicamente, en relación con el principio de integralidad, este Tribunal ha afirmado que la atención en salud debe comprender “el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas, la prácticas de rehabilitación, la realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente”¹⁰.

Por su parte, la Corte ha expresado que el derecho de la persona a que se le garantice la continuidad en la prestación del servicio implica que, una vez ésta haya sido iniciada, no podrá ser interrumpida de forma súbita, antes de su recuperación o estabilización¹¹.

3.4. En estos términos, el alcance del derecho a la salud no se limita al hecho de no estar enfermo puesto que la atención debe darse en condiciones dignas y debe atender los criterios de calidad, eficacia y oportunidad. Además, se concluye que la acción de tutela resulta procedente cuando el servicio médico ordenado busque evitar una situación que afecta la salud, la integridad personal y la dignidad de quien lo requiere.

4.1. El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Este artículo establece de forma expresa la fundamentalidad de la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta decisión del Constituyente se fundamentó en las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante esa etapa de la vida y en la obligación del Estado de “promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”¹².

Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en materia de salud, también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991. La Corte ha recordado algunos de estos compromisos, en los siguientes términos¹³:

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

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que ‘[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados’;

(3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: 'a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para 'la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños'; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para 'la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad';

(4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado;

(5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que 'todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado';

(6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que 'la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales', y que 'todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social'."

4.2. En virtud de estas normas, la Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad¹⁴. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud,

tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses¹⁵.

Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que el derecho a la salud de los niños y las niñas tiene la naturaleza de fundamental. Por ello, la acción de tutela procede directamente para protegerlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía¹⁶, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria¹⁷.

Siguiendo este razonamiento, esta Corporación ha resaltado que cuando la falta de un servicio médico excluido del POS amenace o afecte el derecho a la salud de un niño o una niña, procede la aplicación de la norma constitucional que ampara el derecho de éstos excluyendo las disposiciones legales o reglamentarias que definen los contenidos de los planes de beneficios¹⁸.

De todo lo anterior se colige que los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán inaplicar las disposiciones que restringen el POS, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías constitucionales.

5. Suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Aunque las responsabilidades y obligaciones de las E.P.S. están limitadas por los Planes Obligatorios de Salud, para lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas, la Corte Constitucional ha señalado las situaciones fácticas y jurídicas que deben concurrir en cada caso para inaplicar las normas que excluyen determinadas prestaciones médicas de los que debe prestar.

Así, para conceder el amparo cuando se requiera un servicio excluido del POS, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

- a. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal;
- b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;
- c. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo;
- d. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico¹⁹.

Por consiguiente, no todas las prestaciones ordenadas por el médico tratante podrán ser objeto de amparo por vía de la acción tutela, ya que, en principio, la autorización de servicios médicos está limitada a los Planes Obligatorios. Para que resulte procedente la orden de suministrar un servicio no POS, el juez deberá comprobar que se cumplen los requisitos jurisprudenciales mencionados.

6. Medicamentos genéricos y medicamentos comerciales.

La Sala destaca que la regulación vigente²⁰ establece como regla general la obligación de que los medicamentos sean prescritos en su denominación genérica, aun cuando el asegurador puede suministrarlos en cualquiera de sus formas de comercialización (genérico o de marca)²¹.

Sin embargo, esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela para lograr el suministro de medicamentos bajo su denominación comercial, siempre que se cumplan criterios de calidad, eficiencia, seguridad y comodidad a favor del paciente. Adicionalmente, ha aclarado que cuando el fármaco solicitado sea de aquellos que se encuentra por fuera de los planes obligatorios, se deberán verificar los requisitos propios para la autorización de una prestación no POS.

En lo que se refiere a los criterios que deben gobernar la decisión del médico tratante para prescribir medicamentos bajo su denominación comercial y los parámetros para que el CTC autorice su suministro, se ha sostenido que:

“(i) la determinación de la calidad, la seguridad, la eficacia y comodidad para el paciente en

relación con un medicamento corresponde al médico tratante (y eventualmente al comité técnico científico), con base en su experticio y el conocimiento clínico del paciente;

(ii) prevalece la decisión del médico tratante de ordenar un medicamento comercial con base en los criterios señalados (experticio y el conocimiento clínico del paciente), salvo que el Comité Técnico Científico, basado en dictámenes médicos de especialistas en el campo en cuestión, y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere que el medicamento genérico tiene la misma eficacia;

(iii) una E.P.S., en el régimen contributivo o subsidiado, puede reemplazar un medicamento comercial a un paciente con su versión genérica siempre y cuando se conserven los criterios de (i) calidad, (ii) seguridad, (iii) eficacia y (iv) comodidad para el paciente. La decisión debe fundarse siempre en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento o el medicamento en el paciente.”²²

Resulta indiscutible, entonces, que el concepto del médico tratante será el medio probatorio idóneo para evaluar la calidad, seguridad, eficiencia y comodidad de un medicamento genérico frente al comercial. Lo anterior, sin perjuicio de que se cumplan los requisitos jurisprudenciales para la autorización de un servicio médico no POS enunciados en un aparte anterior.

7. Reglas jurisprudenciales sobre el cubrimiento de gastos de transporte para pacientes y sus acompañantes por las E.P.S.. Reiteración de jurisprudencia.

Este Tribunal ha señalado que, aunque el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no constituyen servicios médicos, hay ciertos casos en los cuales el acceso efectivo y real al servicio de salud depende de la ayuda para garantizar el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención²³.

Ha recordado que el Acuerdo 008 de 2009 contempla el servicio de traslado de pacientes para el Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes²⁴, específicamente, ha explicado que se deberá cubrir “el medio de transporte adecuado y disponible en el ámbito geográfico en donde se encuentre, teniendo en cuenta el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante, el destino de la remisión, así como la normas del sistema obligatorio de

garantía de la calidad de la atención en salud”²⁵.

Por otro lado, ha establecido que las E.P.S. deberán asumir el costo del transporte cuando se verifique que: “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”²⁶.

Adicionalmente, se ha reconocido la posibilidad de cubrir los costos de traslado a un acompañante de la persona enferma, siempre que: “(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”²⁷.

Así las cosas, “para que el paciente tenga derecho a que la E.P.S. cubra los gastos de transporte y estadía que sean necesarios para que pueda recibir los servicios médicos que necesita, se requiere que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y también que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”²⁸.

8. Análisis del caso concreto

En el presente caso, la señora Lucely Molano Burbano, actuando como agente oficiosa del niño Camilo Enrique Pavi Molano, solicita la protección de los derechos fundamentales de su hijo a la vida y la salud, los cuales considera vulnerados por Saludcoop E.P.S. ante la negativa de ésta a suministrarle el medicamento Tegretol 200 mg, con el fin de controlar las crisis epilépticas que padece, ya que el medicamento genérico Carbamazepina suministrado no ha tenido efecto.

Con fundamento en lo anterior, pide que se ordene la entrega del medicamento y que la E.P.S. le reconozca los costos de transporte y “viáticos” si las citas de control con el especialista en neurología pediátrica se asignan en Cali, dado que no cuenta con los recursos para trasladarse desde Popayán. Además, solicita que se conceda el tratamiento integral de la enfermedad de su hijo.

Por su parte, Salucoop E.P.S. sostiene que ha suministrado los medicamentos y tratamientos requeridos por el niño, lo cual se evidencia en la entrega de la Carbamazepina prescrita por el médico tratante y aprobada por el Comité Técnico Científico de la entidad.

La sentencia objeto de revisión negó el amparo deprecado, tras considerar que no existía un concepto del médico tratante prescribiendo el medicamento en su presentación comercial.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará sobre cada una de las pretensiones y las estudiará a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente.

8.1. Suministro del fármaco comercial Tegretol 200 mg.

La Sala entrará a verificar si se cumplen los requisitos jurisprudenciales en cuanto a la posibilidad de conceder medicamentos de marca excluidos del respectivo Plan Obligatorio de Salud, a saber: (i) que la prescripción del medicamento en su versión comercial siga criterios de calidad, eficiencia, seguridad y comodidad del paciente y (ii) que se cumplan las reglas para la inaplicación de las normas del POS para el caso concreto.

8.1.1. Se observa que la idoneidad del fármaco que se debe suministrar al menor de edad está dada por el concepto del neurólogo pediatra tratante quien, refiriéndose a la situación actual del paciente²⁹, manifestó que había presentado convulsión tónica facial con una duración de 6 minutos. Asimismo, señaló que inició tratamiento con Carbamazepina de 200 mg, pero que habían continuado las convulsiones focales en las manos³⁰, tipo crónicas y de duración aproximada de 2 minutos. Por esta razón, sostuvo que la “Carbamazepina genérica no le controla las convulsiones” y que las “CONVULSIONES SÓLO RESPONDEN A TEGRETOL 200”³¹.

En el igual sentido, en la solicitud y justificación de medicamento no POS diligenciada por el mismo galeno, éste reiteró que el paciente no presentaba mejoría a pesar de haber sido “manejado con carbamazepina”, ya que continúan las crisis epilépticas, asegurando que “la Carbamazepina genérica no le controla las convulsiones”³².

Es evidente, entonces, que el especialista que atiende a Camilo Enrique estimó que el fármaco en su presentación comercial era el que cumplía los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad, después de haber estudiado su evolución clínica.

Es menester resaltar que aunque la entidad demandada estableció que había cumplido con la obligación de entregar el medicamento Carbamazepina 200 mg que había sido prescrito por el médico tratante, esta afirmación no se encuentra demostrada en el expediente de tutela. Se considera que Saludcoop E.P.S. no ha hecho entrega del medicamento que se requiere, puesto que el fármaco suministrado, a pesar de contener el mismo ingrediente activo, no es el adecuado para el tratamiento de la enfermedad que padece el niño Camilo Enrique debido a su falta de efectividad. Adicionalmente, la Sala advierte que la Carbamazepina 200 mg se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud³³ por lo que no resultaba necesario que el médico tratante tramitara la solicitud no POS.

En este punto se debe resaltar que la E.P.S. no logró demostrar que el medicamento en presentación genérica cumpliera los parámetros de calidad, seguridad, eficacia y comodidad ni pudo justificar, mediante dictámenes médicos de especialistas, que la Carbamazepina tuviera la misma eficacia para el caso de Camilo Enrique.

Así las cosas y de conformidad con las aseveraciones del neurólogo pediatra tratante, es evidente que el niño requiere el medicamento Tegretol 200 mg en su presentación comercial ya que las convulsiones han continuado a pesar de haber tomado el genérico Carbamazepina. Se reitera que el concepto de este profesional es el que debe prevalecer en tanto es el experto en la materia, conoce a fondo la historia clínica, la evolución del paciente y el tratamiento farmacológico al que debe ser sometido.

8.1.2. Una vez establecido que el fármaco Tegretol 200 mg responde a los criterios citados, la Sala encuentra que el caso concreto cumple las condiciones para la procedencia de la inaplicación de las normas que rigen el Plan Obligatorio de Salud. Como se analizó en el numeral 8.1.1. de esta providencia, el medicamento comercial fue ordenado por el médico tratante, descartando la efectividad de la presentación genérica. Ahora, en lo que se refiere a la falta de capacidad económica, la progenitora del niño declaró que es una persona que carece de recursos económicos para costear el medicamento y la entidad accionada no demostró lo contrario, incumpliendo con la carga de la prueba que le corresponde a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal³⁴.

8.2. Reconocimiento de gastos de transporte y estadía

Particularmente, se trata de controles de neuropediatría de un menor de 11 años que sufre

de crisis epilépticas que ponen en riesgo su vida, por lo que se hace necesaria la asistencia permanente de un adulto durante el desplazamiento a la ciudad de Cali. Además, como se expresó anteriormente, la progenitora no cuenta con los recursos para sufragar los gastos del traslado. De ahí que se reúnan los requisitos para que proceda el reconocimiento de los costos de transporte y estadía del niño y de un acompañante cuando se asignen citas en un lugar diferente al de su residencia.

8.3. Solicitud de tratamiento integral

En lo tocante a esta pretensión, este Tribunal aprecia que no resulta viable emitir una orden indeterminada respecto de los servicios de salud que no han sido prescritos por el médico tratante y que, en consecuencia, no han sido objeto de negación por parte de Saludcoop E.P.S..

No obstante, se advertirá a la empresa demandada que deberá disponer lo necesario para que cada vez que le sea ordenado algún servicio médico que esté por fuera del plan de beneficios a Camilo Enrique, someta su valoración al Comité Técnico Científico de la entidad. Esta instancia decidirá con fundamento en los conceptos médicos de la respectiva especialidad, así como el conocimiento completo y suficiente de su historia clínica sobre su procedencia³⁵; sin embargo, se resalta que no podrá convertirse en una barrera burocrática de acceso a la atención de salud.

En vista de lo anterior, la Corte considera que la acción de tutela es el mecanismo procedente en este caso para proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del niño Camilo Enrique Pavi Molano.

Por consiguiente, se procederá a revocar la decisión del Juzgado Segundo Civil Municipal de Popayán y se concederá la tutela solicitada. En consecuencia, se ordenará a Saludcoop E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de este fallo, suministre el medicamento Tegretol 200 mg requerido por el menor de edad, según las prescripciones del médico tratante.

Adicionalmente, se ordenará a la misma entidad que cubra los gastos de transporte y estadía del niño Camilo Enrique Pavi Molano y un acompañante adulto, en el caso de que los controles médicos sean asignados en una ciudad diferente a la que reside.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Popayán, el once (11) de abril de 2011, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar, CONCEDER la tutela para la protección de los derechos a la salud y a la vida del niño Camilo Enrique Pavi Molano.

SEGUNDO.- ORDENAR a Saludcoop E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a ordenar el suministro del medicamento Tegretol 200 mg de acuerdo con la prescripción hecha por el médico tratante.

TERCERO.- ORDENAR a Saludcoop E.P.S. que cubra los gastos de transporte y estadía del niño Camilo Enrique Pavi Molano y un acompañante adulto, en el caso de que los controles médicos sean asignados en una ciudad diferente a la que reside.

CUARTO.- ADVERTIR a Saludcoop E.P.S. que deberá disponer lo necesario para que las prescripciones de servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud se sometan a consideración del Comité Técnico Científico de la entidad, sin que este trámite se convierta en un obstáculo para el acceso al servicio de salud del niño Camilo Enrique Pavi Molano.

LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver, entre otras, sentencias T-358 de 2003, T-671 de 2009 y T-104 de 2010.

2 Sentencia T-760 de 2008.

3 Inicialmente, este Tribunal sostuvo que las afectaciones al derecho a la salud podían ser resueltas en sede de tutela siempre que se demostrara su conexidad con derechos como la vida, la dignidad o el mínimo vital. No obstante, para el caso de sujetos de especial protección constitucional como las personas de la tercera edad y los niños, la jurisprudencia había señalado que este derecho adquiriría el carácter de fundamental autónomo.

4 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24, numeral 1°.

5 En esta Observación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analizó algunas cuestiones sustantivas referentes a la aplicación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se refiere al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

6 Sentencia T-760 de 2008.

7 *Ibíd.*

8 *Ibíd.*

9 Sentencia T-195 de 2010.

10 Sentencia T-53 de 2009.

11 Sentencia T-195 de 2010.

12 Artículo 13 Constitucional.

13 Sentencia T-037 de 2006.

14 Sentencia C-507 de 2004.

15 Sentencias C-041 de 1994 y T-391 de 2009.

16 Sentencias T-170 y 663 de 2010.

17 Sentencias T-964 de 2007 y T-170 de 2010.

18 Sentencias T-704 de 2005 y T-964 de 2007.

19 Sentencia T-970 de 2010.

20 Frente a este tema, el párrafo 1o. del artículo 38 del Acuerdo 08 de 2009 “[p]or el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado” dispone que “[e]l POS incluye los principios activos contemplados en el anexo Nro. 1 del presente acuerdo. La prescripción se realizará siempre utilizando la denominación común internacional exclusivamente. Al paciente le será suministrada cualquiera de las alternativas autorizadas por el INVIMA del principio activo, forma farmacéutica y concentración prescritos, independientemente de su forma de comercialización (genérico o de marca). En el caso de los medicamentos de estrecho margen terapéutico, cuyo listado será publicado por el INVIMA, no deberá cambiarse ni el producto ni el fabricante. Si excepcionalmente fuera necesario, el ajuste de dosificación y régimen de administración, deberá hacerse con vigilancia especial.”

21 Sentencias T-1175 de 2008 y T-410 y 689 de 2010.

22 Sentencia T-1175 de 2008.

23 Sentencia T-760 de 2008.

24 El artículo 33 del mencionado acuerdo consagra: “TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están

siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

PARÁGRAFO 1o. Si en criterio del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.

25 Sentencia C-978 de 2010.

26 Sentencia T-197 de 2003.

27 Sentencia T-350 de 2003.

28 Sentencia T-233 de 2011.

29 Informe médico correspondiente a la consulta de neurología pediátrica con el Dr. Juan Carlos Posada, llevada a cabo el 28 de marzo de 2011.

30 Este hecho se constata con el reporte de atención de urgencias prestada el 27 de febrero de 2011 en la Clínica Popayán, diligenciado por el Dr. Luis Fernando Gómez Gómez (folio 7).

31 Folios 5 y 6 del cuaderno principal.

32 Folios 3 y 4 del cuaderno principal.

33 Tal y como se corroboró revisando el Acuerdo 008 de 2009 proferido por la Comisión de Regulación en Salud y en consulta de la página web www.pos.gov.co.

34 Sentencia T-683 de 2003.

35 Sentencia C-316 de 2008