

Sentencia T-727/12

LEGITIMACION POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA DE MENOR DE EDAD-No existe certeza de la condición de madre y representante legal

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Lineamientos para su ejercicio

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Condiciones y requisitos

DERECHO A LA SALUD-Fundamental autónomo

DERECHO A LA SALUD-Protección mediante acción de tutela

DERECHO A LA SALUD-Acceso a servicios que se requieran por conexidad con la vida digna e integridad personal

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Fundamental y prevalente

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Tratados internacionales

MENOR DE EDAD-Sujeto de especial protección

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD-Protección mediante acción de tutela

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

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Inaplicación de norma que excluye suministro de tratamiento,
intervención, medicamento o diagnóstico

INAPLICACION DE NORMAS PARA SUMINISTRO DE TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS-
Elementos

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS GENERICOS Y MEDICAMENTOS COMERCIALES-Parámetros
que debe tener en cuenta el médico tratante

PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Procedimiento cuando orden de servicios ha sido
expedida por médico no adscrito a EPS

PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-No restringe acceso al servicio el hecho de que médico
no se adscrito a EPS

PRESCRIPCION EMITIDA POR MEDICO NO ADSCRITO A EPS-Entidad sólo podrá negar la
prestación del servicio de salud si desvirtúa dictamen fundamentándose en razones
científicas o técnicas

DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD DE MENOR DE EDAD QUE PACEDE HEMOFILIA-No existe
vulneración por cuanto EPS suministra medicamento genérico y servicios y tratamientos que

requiere para su enfermedad

ACCION DE TUTELA DE MADRE DE MENOR DE EDAD QUE PACEDE HEMOFILIA CONTRA EPS Y SECRETARIA DE SALUD-Suministro de atención integral cada vez que médico tratante lo considere

Referencia: expediente T-3481758

Acción de tutela interpuesta por Samuel Flórez Buitrago, a través de agente oficioso, en contra de CAPRESOCA E.P.S.S. y la Secretaría de Salud Departamental del Casanare.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, 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 Primero Administrativo de Yopal (Casanare), en la acción de tutela instaurada por Samuel Flórez Buitrago, a través de agente oficioso, en contra de CAPRESOCA E.P.S.S. y la Secretaría de Salud Departamental del Casanare.

I. ANTECEDENTES.

La señora Flor Alba Hurtado Urrutia, quien actúa como agente oficiosa del menor Samuel Flórez Buitrago, promovió acción de tutela contra CAPRESOCA E.P.S.S. y la Secretaría de Salud Departamental del Casanare, por considerar vulnerados sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la integridad física.

1. Hechos relevantes.

1.1. La señora Flor Alba Hurtado Urrutia expone que su hijo de 14 años se encuentra afiliado a CAPRESOCA E.P.S.S.; que padece hemofilia B severa, diagnosticada cuando tenía un año de edad; y que ha sido atendido por los médicos tratantes de la mencionada E.P.S.S., quienes han formulado medicamentos que no han traído mejoría a su estado de salud.

1.2. En razón a lo anterior, afirma que decidió acudir a la doctora Amparo Plata García, especialista en Hematología, quien confirmó el diagnóstico, esto es, “hemofilia tipo B severa, sangrado en múltiples partes del cuerpo, sangrado severo a repetición en las articulaciones (rodillas) especialmente la rodilla derecha, sangrado severo, extremidades hipotróficas con artropatía hemofílica bilateral con movilidad disminuida y riesgo de muerte por sangrados”.

1.3. Indica que el pequeño requiere con urgencia y de manera permanente el suministro del medicamento “Factor IX Recombinante (Benefix)”, así como también necesita “valoración y manejo por médico especialista en hematología, medición de niveles de factor IX, medición de inhibidores de factor IX, valoración por ortopedia, nutrición y toda la atención técnico científica integral que sea formulada por los médicos tratantes”.

1.4. Finalmente, señala que presentó ante la entidad prestadora de salud la orden médica emitida por la galena Plata García con el fin de que se autorizara el suministro del mencionado medicamento. Sin embargo, esta solicitud fue negada aduciendo que fue recetado por una profesional de la salud que no se encontraba adscrita a la red de I.P.S. con la que cuenta la E.P.S.S.

1.5. Por ello, solicita que se ordene “(...) a CAPRESOCA EPS-S Y A LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL CASANARE, que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, proceda a autorizar y asumir de manera integral todos los tratamientos médicos que requiera mi hijo menor, SAMUEL FLOREZ BUITRAGO en especial: EL MEDICAMENTO FACTOR IX RECOMBINANTE (BENEFIX); (...) proceda a dar la prestación integral, y todo lo que guardare relación en conexión con la recuperación integral de la salud de mi menor hijo SAMUEL FLOREZ BUITRAGO, sin importar, sin oponerse en modo alguno a las prescripciones que realice otro especialista (...)”.

2. Respuesta de las entidades demandadas.

2.1. CAPRESOCA E.P.S.S. declaró que, conforme con los documentos aportados a la tutela, no se podía establecer que la señora Flor Alba Hurtado Urrutia fuera la madre y representante legal del niño Samuel Flórez Buitrago, ya que existía divergencia en los apellidos de este y aquella, y no había hecho manifestación expresa de actuar como agente oficioso.

En relación con lo solicitado por la accionante, expuso que era importante resaltar que en la orden médica expedida por la galena particular solamente se prescribía el medicamento pero no los demás servicios requeridos en la demanda. Añadió que la doctora Plata García no se encontraba inscrita como profesional de la salud en la especialidad de Hemato-Oncología Pediátrica en la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare, ni hacía parte de las I.P.S. adscritas a la red de servicios de la E.P.S.S.; y mucho menos podía señalársele como médica tratante del pequeño en mención, situación que pondría en riesgo su salud, debido a que se vería afectado el principio de continuidad en el tratamiento, toda vez que al menor se le está garantizando la entrega y el manejo del medicamento denominado Factor IX a través de su red de servicios.

Finalmente, expresó que ha brindado la atención médica asistencial en el Hospital la Misericordia de la ciudad de Bogotá y en la E.S.E. Hospital de Yopal.

2.2. La Secretaría de Salud Departamental de Casanare indicó que la doctora Plata García formuló la referida droga como medida profiláctica, sin manifestar nada acerca de la urgencia o vitalidad del tratamiento, motivo por el cual no se evidencia la vulneración de algún derecho fundamental.

Expresó que el Sistema de Seguridad Social en Salud se soporta en protocolos técnicos y científicos para el tratamiento de las enfermedades, siendo estos la guía para el manejo de las patologías que tienen los médicos de la red de prestadores de servicios de las E.P.S.. Adicionalmente, que estas cubren los servicios incluidos en el POS y los ordenados por los galenos adscritos a su red prestadora, quienes cuentan con la formación, idoneidad y experiencia necesaria para el manejo de las enfermedades conforme con su especialidad.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Fallo de única instancia.

El Juzgado Primero Administrativo de Yopal (Casanare), mediante sentencia de 25 de abril de 2012, legitimó a la señora Flor Alba Hurtado Urrutia para actuar como agente oficiosa del menor Flórez Buitrago, ya que si bien era cierto que no existía documento que acreditara la filiación madre-hijo, en tanto sus apellidos no se relacionan y en el registro civil de nacimiento aparecen como padres los señores Blanca Inés Buitrago y Hugo Flórez, también lo era que, estaban satisfechos los requisitos para tener a la accionante como agente oficiosa a pesar de no haber manifestado tal condición dada la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del niño, los cuales no podían verse quebrantados por un formalismo. Además, que se trataba de un menor incapaz de actuar por sí mismo y que por lo tanto requería apoyo de un tercero.

En cuanto al medicamento reclamado decidió negar su suministro, soportándose en que: (i) no existía un estudio científico que determinara que la droga Factor IX Recombinante (Benefix) tuviese características diferentes a su genérico Factor IX; (ii) el POS determina al Factor IX como medicamento genérico, diagnosticado por el galeno tratante de la E.P.S.S.; y (iii) el Factor IX Recombinante (Benefix) está formulado por un profesional de la salud particular que no se encuentra adscrito a la red prestadora de servicios de la entidad accionada, lo que estaría violando el principio de continuidad en el tratamiento que se le adelanta.

Conforme con el material probatorio, consideró que no había existido vulneración por parte de la E.P.S.S. y por el contrario se le había garantizado el acceso a la salud y a la seguridad social al menor, por lo que negó el amparo de tutela.

III. PRUEBAS.

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

- Copia de la orden del medicamento por parte de la doctora Amparo Plata García, médico particular (cuaderno original, folio 11).
- Copia de la historia clínica de la galena Plata García (cuaderno original, folios 12 a 14).
- Copia de la tarjeta de identidad del menor Samuel Flórez Buitrago (cuaderno original, folio 15).

- Copia del formato de reporte de sospecha de reacción adversa a medicamentos (cuaderno original, folios 17 a 18).

IV. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN.

4.1. Mediante auto del 10 de agosto del año en curso, el Magistrado Sustanciador decretó la práctica de pruebas con el objeto de: (a) establecer el parentesco entre la petente Flor Alba Hurtado Urrutia y el menor Samuel Flórez Buitrago; (b) determinar si el suministro del medicamento Factor IX Recombinante (Benefix), ordenado por la doctora Amparo Plata García (médica particular), resultaba beneficioso para la salud del niño; y (c) comprobar si efectivamente la galena en mención se encontraba registrada como médica en la especialidad Hemato-Oncología Pediátrica en la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare. En consecuencia resolvió:

(i) Oficiar a la señora Flor Alba Hurtado Urrutia para que aclarara el parentesco, la relación o vínculo existente entre ella y el menor Samuel Flórez Buitrago, aportando la prueba pertinente.

(ii) Ordenar a la doctora Amparo Plata García (médico particular), para que informara y acreditara en debida forma su inscripción en la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare como profesional de la salud en la especialidad Hemato-Oncología Pediátrica.

Asimismo, explicara de manera clara y precisa: (a) por qué el menor Samuel Flórez Buitrago requiere del suministro del medicamento Factor IX Recombinante (Benefix); (b) si la droga Factor IX Recombinante (Benefix) recomendada al joven Flórez Buitrago es una medida profiláctica o si por el contrario es vital y de suma urgencia en el tratamiento del paciente que padece de hemofilia tipo B severa y, a qué obedecía que el pequeño requiriera de manera permanente dicho medicamento; y (c) por qué para el niño es más efectiva esta droga que el denominado Factor IX.

(iii) Ordenar a la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare y al Ministerio de Salud y Protección Social, para que informaran si la doctora Amparo Plata García se encuentra registrada como médica en la especialidad Hemato-Oncología Pediátrica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Nacional de Pediatría, y de ser así, señalaran cuál es su número de registro médico.

(iv) Ordenar a CAPRESOCA E.P.S.S., para que remitiera un resumen de manera clara y precisa de la historia clínica del niño Samuel Flórez Buitrago, indicando las medidas que se han adoptado para tratar la enfermedad hemofilia B severa que tiene. Igualmente, expresara si dicho menor viene siendo atendido en la E.P.S.S. por un médico especialista en hematología. Por último, sustentar por qué el niño no requiere del medicamento Factor IX Recombinante (Benefix).

(v) Ordenar al Hospital de la Misericordia de Bogotá y a la E.S.E. Hospital de Yopal para que enviaran la historia clínica del menor Samuel Flórez Buitrago.

(vi) Ordenar a Medicina Legal para que informara si el medicamento Factor IX Recombinante (Benefix) tiene características diferentes del denominado Factor IX y en qué consisten estas, y cuál de los dos medicamentos es más aconsejable para el tratamiento de la enfermedad hemofilia B severa.

4.2. En respuesta, la Secretaría de Salud de Casanare indicó que la doctora Amparo García Plata, identificada con cédula de ciudadanía Núm. 40.372.725 expedida en Villavicencio, se encuentra inscrita como Especialista en Pediatría en la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare, libro de inscripción de especialista Núm. 1, inscripción 2, folio 4 de fecha 9 de agosto de 2012, título otorgado por la Universidad Nacional Autónoma de México (México D.C.), convalidado por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), mediante Resolución Núm. 001043 del 17 de julio de 20031. Radicó los siguientes documentos: Diploma de especialidad en Oncología Pediátrica, título otorgado por la Universidad Nacional Autónoma de México, convalidado por el ICFES, mediante Resolución Núm. 4196 de fecha de 12 de noviembre de 2004.

Ampliando dicha información, la Profesional de Talento Humano de la Secretaría de Salud de Casanare expuso que la mencionada galena se encuentra inscrita en la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare como médico Cirujano y Partero, inscripción departamental Núm. 1224, libro 07, folio 142 de fecha 9 de agosto de 2012, otorgado por la Universidad de Monterrey (México), convalidado por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), mediante Resolución Núm. 600 del 20 de abril de 1999, Registro Médico 50-335 del 23 de junio de 2000, expedido por la Secretaría de Salud del Meta. Agregó que dentro de los procesos examinados en dicha Secretaría en materia de Registro de

Profesionales de la Salud, no se encuentra contemplado el registro de Sub especialidades².

4.3. El Ministerio de Salud y Protección Social manifestó que conforme con el archivo central y la base de datos de tarjetas profesionales de médicos, se encontró la doctora Plata García, identificada con cédula de ciudadanía 40.372.725 de Villavicencio, Universidad de Monterrey (México), Registro Médico Núm. 335 22/06/2000 Meta y tarjeta profesional 29130 11/07/2000. Añadió que en relación con la verificación del título de especialista, la inscripción del mismo la realizan los profesionales en las respectivas secretarías departamentales de salud en donde ejercen³. Anexa copia de la Resolución Núm, 50-0335 de 2000, por la cual se concede autorización para el ejercicio profesional⁴.

4.4. La Fundación Hospital de la Misericordia -HOMI- envió copia de la historia clínica del menor Samuel Flórez Buitrago⁵.

4.5. La entidad CAPRESOCA E.P.S.S. sostuvo que al joven Flórez Buitrago se le están garantizando sus servicios y atenciones médicas a través de la Fundación Hospital de la Misericordia de la ciudad de Bogotá. Aclaró que conforme con el oficio SIAU Núm. 2012-195 del 24 de abril de 2012, la Profesional Universitaria de la Oficina de Atención al usuario les informó que la señora Hurtado Urrutia, madre del menor, ha mostrado poco interés de llevarlo a los controles médicos a pesar de que se han expedido las autorizaciones médicas solicitadas.

Igualmente, expresó que en cuanto a las medidas que se han adoptado para tratar la enfermedad del pequeño, la E.P.S. ha autorizado asistencia por las especialidades de hematología, ortopedia y/o traumatología, oncología hematológica pediátrica, nutrición y dietética, medicina física y rehabilitación, entre otras.

Respecto del por qué el joven no necesita el medicamento Factor IX Recombinante (Benefix), expuso que “si bien es cierto el paciente tiene una deficiencia del factor IX, también lo es, que cuando el paciente lo ha requerido, CAPRESOCA EPS-S ha autorizado a través de nuestra red de servicios de salud la entrega del Factor que se encuentra incluido dentro del POS-S”; mientras que la droga solicitada tiene una calidad específica “recombinante”, condición que lo excluye del Plan Obligatorio de Salud.

Resaltó que la negación de la entrega del medicamento obedece a que además de haber

sido expedida por un médico particular no adscrito a la red de servicios de salud de la entidad, para la misma época se presentaron simultáneamente un total de 7 tutelas contra CAPRESOCA, “por los mismos hechos, con la misma planilla y con la misma formulación médica de la profesional Dra. AMPARO PLATA GARCIA, lo cual nos indica que lo que se pretendía era buscar un beneficio económico respecto al suministro de dichos medicamentos y el pago de consultas particulares, por parte de nuestros usuarios”.

Anexa copias de: (i) oficio SIAU 2012-195; (ii) autorización de medicamentos; (iii) historia clínica; y (iv) consolidado de autorizaciones de medicamentos⁶.

4.6. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses informó que el medicamento Factor IX se trata de:

“lío filizado el factor IX humano que se encuentra concentrado y lío filizado para ser aplicado en caso de ser necesario, el cual es aislado de la sangre humana. Este es un factor de coagulación dependiente de vitamina K, el cual se sintetiza en el hígado. El factor IX es activado por el factor IX en la vía intrínseca de la coagulación y por el complejo factor VII/factor tisular en la vía extrínseca. El factor IX en combinación con el factor VIII activado, activan el factor X. Esto resulta finalmente en la conversión de protrombina en trombina, la cual convierte el fibrinógeno en fibrina y se forma un coágulo. La hemofilia B es un trastorno hereditario de la coagulación sanguínea ligada al sexo, debido a los niveles disminuidos del factor IX que resulta en un profuso sangrado en articulaciones, músculos u órganos internos, ya sea espontáneamente o como resultado de un trauma accidental o quirúrgico. Por la terapia de sustitución se aumentan los niveles plasmáticos de factor IX de este modo permite una corrección temporal del déficit de factor y una corrección de la tendencia hemorrágica”.

Agregó que como ocurre con cualquier producto proteico I.V. es posible que se presenten reacciones de hipersensibilidad de tipo alérgico incluyendo eczema, urticaria generalizada, opresión en el pecho, sibilancia, hipotensión y anafilaxia y, en el evento de presentar estos síntomas, la persona tiene que abstenerse del uso. En el caso que se de shock se debe tener en cuenta los parámetros médicos para el tratamiento del mismo.

Finalmente sostuvo que los medicamentos que se derivan de sangre o plasma humana no excluyen la posibilidad de transmisión de agentes infecciosos.

Precisó que el Factor Recombinante (Benefix) “es una proteína purificada producida por tecnología recombinante del DNA para usar en el tratamiento de la deficiencia de factor IX, conocida como hemofilia B (...). El factor IX de coagulación (recombinante) es una glucoproteína con una masa molecular aproximada de 55.000 Da, comprende 415 aminoácidos en una sola cadena. Tiene una secuencia primaria de aminoácidos que es idéntica a la forma alélica Ala del factor IX derivado de plasma y características estructurales y funcionales similares a las del factor IX endógeno- BENEFIX es producido por una línea celular de ovario de hámster chino (OHC) manipulada genéticamente, que se ha caracterizado extensamente y demostró estar libre de agentes infecciosos. Los bancos de células almacenadas están libres de productos sanguíneos o plasmáticos. La línea celular de OHC secreta factor IX recombinante en un medio de cultivo celular definido que no contiene proteínas derivadas de fuentes animales ni humanas, y el factor IX recombinante se purifica por un proceso cromatográfico que no necesita un paso de anticuerpo monoclonal y rinde un producto activo de alta pureza”.

Añadió que el Benefix está libre del riesgo de transmitir patógenos sanguíneos humanos, como el VIH, y otras enfermedades. Además, uno de los argumentos para la utilización de factores plasmáticos en lugar de recombinante para el tratamiento de la hemofilia es la diferencia en el importe económico, ya que el valor del tratamiento con productos recombinante es aproximadamente un 27% superior al precio de los productos plasmáticos.

Por último, concluyó que: “(1) La diferencia fundamental entre el Factor IX liofilizado concentrado y el Factor IX recombinante está en su extracción, mientras el primero es extraído de sangre humana el segundo lo es de una célula de un mamífero; (2) Los factores liofilizados se encuentran contemplados en el plan obligatorio de salud dentro de la lista de medicamentos esenciales; (3) El factor IX concentrado humano tiene mayor riesgo de transmisión de virus por ser derivados de sangre o plasma humano, no se puede excluir por completo la posibilidad de transmisión de agentes infecciosos (...), riesgos que no se evidencia en los recombinantes por cuanto no tienen origen humano; (4) El mecanismo de acción y efectos secundarios son similares entre los dos medicamentos; (5) (...) se sugeriría (...) el beneficio de la terapia con Factor IX recombinante sobre el Factor IX concentrado humano en un paciente con hemofilia B severa quien tiene un alto riesgo de sangrado y debe ser medicado con frecuencia por su baja presencia de dicho factor en sangre”⁷.

4.7. La doctora Amparo Plata García informó que, en relación con la acreditación como profesional de la salud, se encuentre pendiente de reclamar su tarjeta profesional en la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare.

En lo atinente al suministro del Factor IX Recombinante, sostuvo que, “como consta en la historia clínica el paciente es portador de Hemofilia B severa, presentando clínicamente múltiples episodios de sangrado por el cual requiere mantenerse en el programa de profilaxis con el fin de mejorar su calidad de vida, evitando sangrado a nivel articular”. Agregó que el suministro de dicho medicamento, se explica porque reduce “la formación de inhibidores dando una mejor respuesta clínica”⁸.

4.8. Por último, la Secretaría General de la Corte Constitucional indicó que, vencido el término probatorio, no se recibió respuesta alguna de la señora Flor Alba Hurtado Urrutia ni del Hospital de Yopal E.S.E..

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para examinar 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.

Sobre la base de los antecedentes reseñados, corresponde a esta Sala de Revisión:

1. Determinar si una persona podría actuar como agente oficioso de un menor cuando invoca la condición de madre pero no existe certeza sobre su condición de representante legal para interponer el recurso de tutela.

1. Verificar si una entidad prestadora del servicio de salud vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la integridad física

de un menor, cuando le niega el suministro de un medicamento comercial que ha sido ordenado por un médico ajeno a su E.P.S.S..

Para ello esta Sala comenzará por reiterar su jurisprudencia constitucional en cuanto a: (i) legitimación por activa en el amparo constitucional y la agencia oficiosa en menores de edad; (ii) la salud como derecho fundamental; (iii) el derecho a la salud de los menores como fundamental y prevalente; (iv) el suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos que no se encuentran incluidos en el POSS; (v) los medicamentos genéricos y medicamentos comerciales; y (vi) los procedimientos a observar en eventos en que la orden de servicios de salud ha sido expedida por un médico profesional de la salud que no está adscrito a la E.P.S.S.. Con base en lo anterior, (vii) resolverá el caso concreto.

3. Legitimación por activa en el amparo constitucional. La agencia oficiosa en menores de edad.

Conforme con el artículo 86 Superior, la acción de tutela podrá ser interpuesta por cualquier persona por sí misma o por quién actúe a su nombre, cuando considere que alguno de sus derechos constitucionales fundamentales ha sido vulnerado o amenazado por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. En igual sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 19919, expone:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También, se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

Se entiende que una persona que considere violentadas sus garantías constitucionales podrá ejercer el amparo de tutela: (i) por sí misma, (ii) mediante un representante, (iii) a través de la agencia de derechos ajenos, siempre y cuando el interesado del mismo no se encuentre en condiciones para actuar en su propia defensa, o (iv) por el Defensor del Pueblo y los

personeros municipales.

Respecto a la agencia oficiosa, este Tribunal ha indicado que se presenta “cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personal”¹⁰, teniendo como fin garantizar la protección de los derechos fundamentales, admitiendo que un tercero presente la acción de tutela e intervenga a su favor sin que exista poder¹¹. Además, ha señalado que para poder ejercer dicha función, se debe cumplir con los siguientes lineamientos: (i) la manifestación por parte del agente oficioso que quiere intervenir en tal sentido¹²; y (ii) que de los hechos sobre los cuales se sustenta la petición de amparo se deduzca que el titular de los derechos fundamentales presuntamente violados esté en situación física o mental que le imposibilite ejercer directamente la acción¹³.

Igualmente, esta Corporación ha aseverado que “[l]as condiciones que autorizan la agencia oficiosa para la interposición de la acción de tutela, han de ser apreciadas por el juez constitucional, en cada caso y de manera concreta, no sólo para garantizar la adecuada y oportuna protección de los derechos fundamentales, sino también para evitar que se acuda a este mecanismo cuando ello no resulta indispensable, o el presuntamente afectado no considera vulnerado o amenazado su derecho, o considerándolo así, no quiere libremente reclamarlo (...).”¹⁴.

De lo anterior se concluye que si bien es cierto los requisitos para que se configure la agencia oficiosa en materia de tutela son acreditar la imposibilidad del titular del derecho para pedir dicha protección y la manifestación expresa de quien interviene como tal¹⁵, también lo es “[c]ualquier persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal”¹⁶.

Por lo anterior, cuando se trate de los derechos fundamentales de los menores, un individuo puede presentar la solicitud de tutela sin hacer un estudio exhaustivo “de la correcta utilización de la agencia oficiosa cuando no es propiamente el representante legal quien actúa en su nombre, puesto que, la finalidad de esta figura jurídica consiste en salvaguardar, ante todo, los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección”¹⁷.

4. La salud como derecho fundamental.

La Carta Política, en su artículo 48, señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Asimismo, en su artículo 49 dispone que “la atención en salud y saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

La jurisprudencia constitucional¹⁸ ha precisado que la salud es un derecho fundamental autónomo que comprende todo un conjunto de bienes y servicios que hacen posible conforme con los lineamientos consagrados en distintos instrumentos internacionales, garantizar su nivel más alto posible¹⁹. Al respecto, la sentencia C-252 de 2010 expuso:

“La Corte en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 241 de la Constitución, vías control abstracto y concreto, ha protegido el derecho a la salud como un derecho fundamental bajo tres aspectos. Una inicial, en su carácter social por el factor de conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad y la dignidad humana. Otra cuando el accionante tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Y finalmente, se ha reconocido el carácter de derecho fundamental autónomo”.

De otro lado, la Observación General 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indicó que “la salud es un derecho humano fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está ‘estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos’, refiriéndose de forma específica al ‘derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación’. Para el Comité, ‘esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud’”.

Por lo anterior, la Corte Constitucional reconoce la salud como un derecho fundamental autónomo del cual emanan dos clases de obligaciones: “(i) las de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o (ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para

garantizar de manera efectiva el goce del derecho”²⁰.

Igualmente, esta Corporación ha protegido el derecho a la salud cuando: “(i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falla de capacidad económica para hacer valer su derecho”²¹.

De lo anterior se concluye que la acción de tutela, como medio constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara la salud garantizándoles a todas las personas el acceso a los “servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”²².

5. El derecho a la salud de los menores como fundamental y prevalente.

La Constitución Política, en su artículo 44, estipula la prevalencia de los derechos de los menores sobre los de los demás, así como también expone algunos de los derechos de los cuales gozan, a saber: a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social. Igualmente, le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistirlos y protegerlos para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia han reconocido el derecho a la salud de los niños y niñas, que esta Corporación ha señalado así²³:

“(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 2º del artículo 12 del citado pacto se establece: ‘a) es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para la ‘reducción 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’.”

Con base en lo anterior, la Corte ha estipulado que los menores son sujetos de especial protección, haciendo hincapié en que su situación de debilidad no es un motivo para limitar la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos²⁴. Igualmente, ha afirmado que sus derechos prevalecen sobre el de los demás en eventos en que se presenten conflictos con otros intereses²⁵. Además, esta Corporación ha reconocido la naturaleza fundamental del derecho a la salud de los menores, razón por la cual el amparo de tutela procede con el fin de garantizarlo sin que exista la necesidad de comprobar su conexidad con otra

garantía²⁶, de modo que cualquier violación o amenaza a la salud requiere una actuación pronta y prioritaria por parte del juez de tutela²⁷.

6. Suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos que no se encuentran incluidos en el POSS.

Este Tribunal ha señalado reiteradamente que, so pretexto de aplicar las normas atinentes al Plan Obligatorio de Salud o al Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, no se le pueden desconocer a un usuario sus derechos fundamentales. Tal situación sucede cuando una entidad prestadora de servicio interpreta de manera restrictiva la reglamentación, excluyendo del servicio la prestación de procedimientos, tratamientos o intervenciones quirúrgicas o el suministro de medicamentos, sin los cuales puede afectarse la vida o dignidad del usuario, con el argumento de que se encuentran excluidos del POS o POSS²⁸.

Por ello la Corte ha inaplicado la norma que excluye el suministro de tratamiento, intervención, medicamento o diagnóstico, con el fin de evitar de ese modo que la existencia de un precepto legal o una decisión administrativa imposibilite el goce efectivo de los derechos a la salud, a la vida, a la integridad y a la seguridad social²⁹. Al efecto, para que resulte viable la aplicación de esta doctrina, la Corte ha señalado el deber de probar los siguientes elementos:

“1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS-S -Plan Obligatorio de Salud Subsidiado-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS-S -Plan Obligatorio de Salud-Subsidiado- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente’.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS -Administradora del Régimen Subsidiado de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.”³⁰

Dependiendo del caso el juez de tutela deberá comprobar que se cumplan estos lineamientos y una vez verificados podrá ordenar a las entidades prestadoras de servicio de salud el suministro de los tratamientos y medicamentos necesarios para que se practique el procedimiento solicitado. Sobre el particular, la sentencia T-760 de 2008 precisó:

“Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, corresponde al médico tratante solicitar al Comité Técnico Científico la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud respectivo, es decir, realizar un trámite al interior del Sistema de Salud (ver apartado 4.4.4.). Una EPS viola el derecho a la salud de una persona, cuando se le niega el acceso al servicio con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité. Para la Corte ‘las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad’. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeto su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio.”

“5.1.3.4. Es claro entonces que Colmédica EPS irrespetó el derecho a la salud de la accionante, por cuanto no se le garantizó el acceso a un servicio que requería y no estaba incluido dentro del plan obligatorio de servicios, justificando esta negativa, en el propio incumplimiento de un trámite interno”.

En suma, con el objeto de amparar el derecho fundamental a la salud de las personas, este Tribunal ha considerado “admisible la inaplicación de la reglamentación que exclu[ye] los servicios requeridos del catálogo de beneficios, permitiendo en consecuencia el acceso a los denominados ‘servicios no POS’”³¹, siempre y cuando el paciente cumpla con las condiciones tanto jurídicas como fácticas estructuradas por la jurisprudencia constitucional, para garantizar y proteger derechos como la salud, la vida y la dignidad humana³², en razón a que las normas que rigen el sistema de seguridad social en salud no pueden convertirse en barrera que impida el goce efectivo de esos derechos.

7. Medicamentos genéricos y medicamentos comerciales.

El Acuerdo 29 de 2011³³ señala que los medicamentos deben ser prescritos en su denominación genérica, a pesar de que el asegurador pueda proporcionarlos en cualquiera de sus modalidades de comercialización (genérico o de marca)³⁴.

Este Tribunal ha fijado algunos parámetros que debe tener en cuenta el médico tratante para ordenar el suministro de medicamentos de carácter comercial, así como los lineamientos con los que cuenta el Comité Técnico Científico para su autorización³⁵. Son ellos los siguientes:

“(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.”³⁶

La Corte ha concedido el amparo de tutela con el objeto de suministrar el medicamento bajo su denominación comercial, siempre y cuando cumpla con los requisitos de calidad, eficiencia, seguridad y comodidad a favor del paciente, aclarando que en caso de que el fármaco solicitado se encuentre excluido de los planes obligatorios se deberán analizar los lineamientos jurisprudenciales exigidos para dicha autorización³⁷.

8. Procedimientos a observar en eventos en que la orden de servicios de salud ha sido expedida por un médico profesional de la salud que no está adscrito a la E.P.S.S..

Como se explicó anteriormente, uno de los requisitos para el reconocimiento de prestaciones

en materia de salud a través de la tutela es que exista una orden por parte del médico tratante, que debe estar adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud de la cual se solicita dicha prestación. Tal situación se basa en el hecho de que la prescripción debe provenir del seguimiento médico que se le adelanta al paciente dentro de la respectiva entidad; además busca prevenir que los requerimientos en materia de salud en cabeza de una persona carezcan de continuidad en relación con la evolución de su estado por parte de la empresa que le debe prestar la atención que necesita.³⁸

Las decisiones de los jueces constitucionales deben estar fundamentadas en la existencia de una orden médica, dado que el criterio del galeno no puede ser reemplazado por un juicio meramente jurídico, ya que sólo los profesionales de la medicina son aptos para establecer el procedimiento pertinente que se debe aplicar al paciente con el fin de preservarle la salud y aún la vida. Por esto la norma general “es que si se reclama un determinado servicio de una empresa prestadora de salud, éste debe estar previamente contenido en una orden emitida por un médico adscrito a la Entidad; pues, se asume que dicha orden es el resultado del seguimiento del estado de salud del paciente, producto del análisis médico que se le ha adelantado al usuario dentro de la respectiva Institución”³⁹.

Sin embargo, en especiales circunstancias las entidades prestadoras de servicios no se percatan de situaciones particulares de sus afiliados, ni garantizan de manera oportuna todas las necesidades que estos requieren, lo que trae como consecuencia que las personas: “(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”⁴⁰.

Igualmente, esta Corporación ha advertido que el hecho de que el galeno no se encuentre adscrito a la respectiva entidad, no necesariamente restringe la posibilidad de que un individuo acceda a la garantía de la prestación de este servicio, es así como las personas tienen el derecho a que la empresa prestadora del servicio de salud 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 institución”⁴¹.

En cuanto a una prescripción emitida por un médico externo a la EPS, la entidad sólo podrá negarse a prestar el servicio de salud si desvirtúa el dictamen expedido por dicho profesional, fundamentándose en razones científicas o técnicas. Así lo señaló esta Corporación en sentencia T-049 de 2009, donde la demandante solicitaba la realización de una “Cirugía Gastric Bypass por laroscopia”, cuya orden médica había provenido de un especialista no adscrito a la EPS de la afiliada. Dijo al respecto:

“En el evento en que exista un diagnóstico de un médico no adscrito a la empresa que presta servicios de salud, sus afiliados tienen derecho a que la respectiva entidad, que es en últimas la que reconoce las prestaciones derivadas de las prescripciones médicas, determine si se requiere o no, por la condición de salud de la persona, reconocer dicha prestación. Y, la única manera de responder a ello, es emitir un diagnóstico que dé cuenta de aquél que se originó en un médico ajeno a la empresa. La Corte Constitucional ha expresado que cuando la orden haya sido emitida por un médico no adscrito a la EPS, esta Institución sólo puede negarse a prestar el servicio de salud si desvirtúa el concepto médico expedido por dicho profesional, con base en razones científicas o técnicas relacionadas con el caso concreto. En otras palabras, esta Corporación ha indicado que, corresponde a la respectiva Entidad Prestadora del Servicio de salud someter al paciente a evaluación médica, a partir de la cual puede desvirtuar el concepto del médico externo, de lo contrario debe seguir y cumplir lo prescrito por el profesional no adscrito a la institución”.

Finalmente, es importante señalar que la sentencia T-760 de 2008 ha reiterado que se vulnera el derecho de la salud de un individuo cuando la Entidad Prestadora del Servicio de Salud, “(i) desconoce el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud, (ii) sin ninguna consideración de carácter científico o técnico, (iii) sólo por el hecho de no estar adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio en cuestión, especialmente, (iv) si la entidad nunca cuestionó la validez o idoneidad del concepto médico”.

Con estas consideraciones generales procede la Sala a evaluar la situación concreta objeto de revisión.

9. Caso concreto.

9.1. En el presente caso la señora Flor Alba Hurtado Urrutia presentó el amparo constitucional contra CAPRESOCA E.P.S.S. y la Secretaría de Salud Departamental del Casanare por considerar vulnerados los derechos a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la integridad física del menor Samuel Flórez Buitrago, al negarle el suministro del medicamento Factor IX Recombinante (Benefix) y tratamiento integral, el cual le fue recomendado por un médico no adscrito a la E.P.S.S.

CAPRESOCA E.P.S.S. expresó que de los documentos allegados a la tutela no se podía afirmar que la accionante fuera la madre y representante legal del niño, dada la discrepancia existente entre los apellidos de este y aquella, más aún cuando no hubo manifestación expresa para actuar como agente oficioso. Al mismo tiempo, expuso que la doctora Plata García no se encontraba inscrita como galena en la especialidad de Hemato-Oncología Pediátrica en la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare, ni hacía parte de las I.P.S. adscritas a la red de servicios de la E.P.S.S.; que además al menor se le estaba garantizando el acceso a los servicios de salud, así como también el suministro del medicamento del Factor IX, que se encuentra incluido dentro del POSS.

La Secretaría de Salud Departamental de Casanare sostuvo que la médica en mención formuló dicha droga como medida profiláctica, sin manifestación alguna acerca de la necesidad del tratamiento, motivo por el cual no se advertía la vulneración de algún derecho fundamental.

9.2. Es importante recordar que tratándose de menores de edad, este Tribunal, con base en los artículos 4442 y 1343 de la Constitución Política, en reiteradas ocasiones ha precisado que son sujetos de especial protección, por lo que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter preferencial en el evento de que se presenten conflictos con otros intereses⁴⁴.

9.3. Legitimación por activa en el amparo constitucional.

Conforme con los hechos expuestos y las pruebas obrantes en el expediente, la Sala advierte que la señora Hurtado Urrutia no logró acreditar legitimación para actuar en representación del joven Flórez Buitrago; y a pesar de que el Despacho la requirió para que aclarara el parentesco existente entre ambos, se abstuvo de dar explicación alguna al respecto y de

allegar las pruebas conducentes.

Pese a lo anterior, por tratarse de un menor de edad sujeto de especial protección constitucional, según se explicó anteriormente, la accionante se encuentra facultada para actuar como agente oficioso.

9.4. Suministro del medicamento comercial requerido.

Conforme con los lineamientos jurisprudenciales expuestos, la Sala entrará a analizar la posibilidad de suministrar el fármaco solicitado, a pesar de no estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud, si se cumplen los siguientes requisitos: (a) que se ajuste a los parámetros definidos por esta Corporación para inaplicar las normas del POSS; y (b) que la prescripción del medicamento bajo su denominación comercial se adecúe a las pautas jurisprudenciales ya explicadas.

a) Respecto al primer aspecto, la Sala analizará la posibilidad de entregar un medicamento que se encuentra excluido del POSS, lo que solo puede hacerse si el caso se ajusta a los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte. Siendo estos: (i) que se vulnere la integridad personal de un individuo, (ii) que se trate de un elemento que no puede ser reemplazado por otro, (iii) que el médico tratante adscrito a la E.P.S.S. lo haya ordenado, y (iv) que el interesado no pueda sufragar los gastos.

(i) De acuerdo con los hechos expuestos, la doctora Plata García (galena particular) se limitó a ordenar el medicamento Factor IX Recombinante (Benefix), informando únicamente que “(...) disminuye la formación de inhibidores dando una mejor respuesta clínica”.

CAPRESOCA E.P.S.S., sostuvo que al joven Flórez Buitrago se le está garantizando el servicio y atención médica a través de la Fundación Hospital de la Misericordia de la ciudad de Bogotá donde le ha suministrado el genérico. Del mismo modo, aseveró que la señora Hurtado Urrutia ha mostrado poco interés de llevarlo a los controles médicos, a pesar de que se han expedido las autorizaciones solicitadas.

Con base en las circunstancias descritas se evidencia que si bien es cierto el menor en mención padece de hemofilia tipo B severa, también lo es, que la entidad prestadora del servicio de salud le está garantizando la entrega y el manejo del medicamento, en genérico,

así como los servicios y tratamientos que requiere para su enfermedad, por lo que desde esta perspectiva la E.P.S.S. no está vulnerando o amenazando el derecho a la vida o a la integridad personal del menor.

(ii) De acuerdo con los soportes probatorios allegados, se tiene que el informe del Instituto de Medicina Legal concluyó que el Factor IX Recombinante (Benefix) es extraído de un animal, específicamente de un ovario de hámster chino manipulado genéticamente; aclaró que una persona que requiere dicho insumo está libre del peligro de contraer patógenos sanguíneos humanos (como VIH y otras enfermedades similares); también explicó que el Factor IX (genérico) es sacado de la sangre humana, por lo que hipotéticamente podría presentar el riesgo de constituir vehículo de producción de infecciones como VIH, hepatitis B y C, entre otras. Sin embargo, precisó que “[e]l mecanismo de acción y [los] efectos secundarios son similares entre los dos medicamentos”.

Con base en lo expuesto, se observa que la droga Factor IX Recombinante (Benefix) puede ser remplazado por el Factor IX que se encuentra incluido en el POSS, que le ha venido suministrando la E.P.S.S y cumple con los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad. Este fármaco, aunque genérico, goza del mismo nivel de efectividad que aquel que necesita para mejorar su estado de salud, ya que ambos medicamentos tienen similares condiciones, beneficios y efectos adversos derivados de su suministro.

Igualmente, se evidencia que a pesar de que el medicamento comercial podría cumplir con los criterios de calidad, eficiencia, seguridad y comodidad del paciente, lo cierto es que en este caso la galena particular no sustentó ni justificó que fuese más provechoso para la salud del menor en el tratamiento de hemofilia tipo B severa. Tampoco acreditó que el suministro de la droga genérica afectara o desmejorara la condición de salud del pequeño o lo colocara en algún tipo de riesgo. Asimismo, la profesional de la salud guardó silencio al ser requerida por este Despacho, para que se pronunciara sobre la urgencia, permanencia en la aplicación y efectividad de dicho insumo.

(iii) En cuanto al tercer requisito, se observa que la señora Flor Alba Hurtado, quien actúa como agente oficiosa del menor, se encuentra en el régimen subsidiado, por lo que la Sala puede llegar a inferir que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar el respectivo medicamento.

(iv) El último requisito se refiere a la prescripción del medicamento por un galeno adscrito a la E.P.S.. Al respecto se aprecia:

La accionante aportó tanto la historia clínica como la prescripción médica realizada por la doctora Plata García, médica particular ajena a la E.P.S.S. del menor Flórez Buitrago, quien fue la profesional que recomendó el suministro del medicamento Factor IX Recombinante (Benefix).

Si bien es cierto que la regla general consiste en que el medicamento debe estar ordenado por un galeno adscrito a la referida entidad por presumirse que la orden se deriva del seguimiento del estado de salud del paciente, también lo es que existen algunos eventos dentro de los cuales ciertas empresas prestadoras de servicios de salud no alcanzan a satisfacer de manera pronta las necesidades de sus afiliados, motivo por lo cual estos se ven en la obligación de acudir a especialistas que no se encuentran adscritos a su E.P.S.S. para obtener una oportuna atención médica⁴⁵.

Cuando existe una orden médica expedida por profesional de la salud ajeno a la E.P.S.S., esta última tiene el deber de desvirtuar dicho dictamen basándose en motivos científicos o técnicos relacionados con el respectivo caso⁴⁶.

De lo expuesto, según las pruebas aportadas se observa que a pesar de que la E.P.S.S. no desvirtuó de manera científica o técnica la prescripción médica de la galena no adscrita, es lo cierto que en desarrollo del proceso de revisión de la acción de tutela este Despacho requirió a Medicina Legal para que se pronunciara al respecto. El concepto remitido por esa entidad, que tiene carácter técnico y científico, concluyó que ambos fármacos son equivalentes, de lo que infiere esta Corporación que no hay necesidad de cambiar el genérico por el comercial.

Así las cosas, se tiene entonces que por estos motivos no hay lugar para entregar el medicamento solicitado, toda vez que no cumple con tres de los requisitos mencionados.

b) Adicionalmente, la Sala observa, como ya se explicó, que: (i) la solicitud del suministro del fármaco comercial no se ajusta a los criterios jurisprudenciales de esta Corporación; (ii) tampoco a las reglas sobre medicamentos ordenados por un médico que no está adscrito a la E.P.S.S. del paciente, toda vez que, la galena particular no demostró la necesidad y urgencia de proporcionar dicho insumo, por lo que no existe certeza de que el suministro del fármaco

Factor IX Recombinante (Benefix) resulte más beneficioso para la salud del niño dada la incertidumbre sobre los efectos que tendría el medicamento en el paciente; a pesar de haberle solicitado información a la médica en mención respecto de la efectividad y requerimiento del mismo, la respuesta careció de profundidad y no logró satisfacer las expectativas de este Tribunal; y en todo caso, el Instituto de Medicina Legal logró desvirtuar de manera técnica y científica el concepto dado por la doctora Plata García.

9.5. Concluye entonces esta Sala que existen circunstancias que impiden al juez de tutela ordenar directamente el suministro de la referida droga, siendo estas: (i) el Factor IX se encuentra incluido en el POSS; (ii) la médica particular no desvirtuó el cumplimiento de los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad del medicamento genérico, ni demostró que el producto comercial dispensara beneficios extras al paciente en el tratamiento de la hemofilia severa; (iii) el fármaco comercial puede ser sustituido por uno genérico; y (iv) persiste la incertidumbre sobre los resultados del suministro del medicamento solicitado.

Como consecuencia, de lo anteriormente expuesto se confirmará el fallo de única instancia que se revisa.

9.6. Solicitud de tratamiento integral.

Sobre este punto, esta Corporación estima que no resulta procedente proferir una orden indeterminada en relación con los servicios de salud que no han sido prescritos por el galeno y que, en consecuencia, no han sido negados por la entidad CAPRESOCA E.P.S.S..

Sin embargo, se advertirá a la empresa promotora de salud, que deberá brindar de manera pronta y oportuna la atención integral al paciente, cada vez que su médico tratante así lo considere.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo de única instancia proferido el 25 de abril de 2012 por el

Juzgado Primero Administrativo de Yopal (Casanare), en el sentido de negar el amparo en la acción de tutela instaurada por Flor Alba Hurtado Urrutia, en calidad de agente oficiosa del menor Samuel Flórez Buitrago, contra CAPRESOCA EPSS y la secretaría de Salud Departamental de Casanare.

Segundo.- ADVERTIR a CAPRESOCA E.P.S.S. que debe brindar de manera pronta y oportuna la atención integral al paciente, cada vez que su médico tratante así lo considere.

Tercero.- LÍBRESE por la Secretaría General de esta Corporación la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 2, folio 21.

2 Ídem, folio 22.

3 Cuaderno 2, folio 26.

4 Ídem, folio 27.

5 Ídem, folios 30 a 36.

6 Cuaderno 2, folios 38 a 52.

7 Cuaderno 2, folios 55 a 68.

8 Ídem, folio 72.

9 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

10 Sentencia T-203 de 2012.

11 Ídem.

12 Ídem.

13 Sentencias T-203 de 2012 y T-312 de 2009.

14 Sentencia T-573 de 2001.

15 Sentencia T-197 de 2011.

16 Sentencias T-408 de 1995 y T-197 de 2011.

17 Sentencia T-197 de 2011.

18 Cft. Sentencias T-320 de 2011, T-499 de 2009, T-961 de 2008 y T-649 de 2008, entre muchas otras.

19 Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, firmado por Colombia el 21 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de octubre de 1969.

20 Sentencia T-760 de 2008.

21 Sentencias T-922 de 2009 y T-760 de 2008, entre muchas otras.

22 Sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-760 de 2008.

23 Sentencias T-705 de 2011 y T-037 de 2006.

24 Sentencias T-705 de 2011, y C-507 de 2004.

25 Sentencias T-705 de 2011, T-391 de 2009 y C-041 de 1994.

26 Sentencias T-705 de 2011, T-170 y T-663 de 2010.

27 Sentencia T-705 de 2011.

28 Sentencia T-1018 de 2008.

29 Sentencias T-1066 de 2004, T-244 de 2008 y T-1018 de 2008.

31 Sentencia T-104 de 2010.

32 Sentencia T-953 de 2010.

33 “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”. Dicha norma, en su parágrafo 1º del artículo 29 estipula que “[e]l POS incluye los principios activos contemplados en el anexo 01 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)”.

34 Sentencias T-705 de 2011, T-410 y T-689 de 2010 y T-1175 de 2008.

35 Ídem.

36 Sentencia T-1175 de 2008.

37 Sentencia T-705 de 2011.

38 Sentencia T-049 de 2009.

39 Ídem.

40 Ídem.

41 “En este orden de ideas debe reiterarse que, las afirmaciones expuestas anteriormente encuentran fundamento, principalmente en dos razones. La primera, por cuanto resulta de gran importancia proteger el derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras de salud están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. En tal sentido, forma parte de sus deberes emitir valoraciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de la realización de procedimientos y tratamientos, o la entrega de medicamentos e insumos.

La segunda, por cuanto conceder judicialmente la prestación de servicios de salud con base en una orden proveniente de un médico ajeno a la Empresa Promotora de Salud no vulnera el verdadero alcance de la regla general a la que se ha hecho referencia, dado que, de todas formas se satisface el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que éste labore o no en una determinada empresa”. Sentencia T-049 de 2009.

42 “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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de

los demás”.

43 “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara

medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

44 Sentencias T-705 de 2011, T-391 de 2009 y C-041 de 1994.

45 Sentencias T-359 de 2012 y T-049 de 2009.

46 Ídem.