

Sentencia T-806/03

DERECHO A LA SALUD-Protección frente a procedimientos excluidos del POS.

En este punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido bastante clara: Si bien la salud es un derecho de segunda generación, hay lugar a su protección constitucional cuando está en conexidad con otros derechos de primera generación. En estos supuestos, es decir, cuando la salud asume el carácter de derecho fundamental por conexidad, hay lugar a su protección constitucional y por ello deben prestarse los servicios excluidos del POS, aunque para ello sea necesario inaplicar los actos administrativos que restringen la prestación del servicio demandado. Esa restricción administrativa, si bien resulta razonable de cara a la viabilidad financiera del sistema de seguridad social integral, no puede ni debe entenderse en términos absolutos y de allí por qué deba ceder cuando están en juego los derechos fundamentales del afiliado o beneficiario.

DERECHO A LA SALUD-Protección especial a menor con problemas físicos y mentales

La procedencia de la tutela es mucho más evidente si se advierte que en el caso presente está en juego también el mandato constitucional de proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Esto es así porque la entidad accionada ha hecho abstracción completa de la condición física y mental del menor y ha desconocido que esas condiciones la hacen un sujeto de especial protección. Esa condición, paradójicamente, lo ha sometido a un tratamiento discriminatorio pues no se ha hecho distinción entre la situación en que él se encuentra y el estado en que se halla un beneficiario del sistema general de seguridad social al que legítimamente se le puede negar un servicio no incluido en el plan obligatorio de salud.

Acción de tutela instaurada por Ana Julia Rodríguez Beltrán contra la ARS Cafam y el Hospital Rafael Uribe Uribe.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003).

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

## SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de la tutela instaurada por Ana Julia Rodríguez Beltrán contra la ARS Cafam y el Hospital Rafael Uribe Uribe.

### I. ANTECEDENTES

#### A. Reseña fáctica

1. Ana Julia Rodríguez Beltrán es la madre de José Andrés Carranza Rodríguez, niño de quince años de edad que padece síndrome de Down y epilepsia.

2. La citada madre y su hijo se encuentran afiliados al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud a través de la ARS Cafam, el menor durante varios años ha sido atendido en el hospital Rafael Uribe Uribe y su actual médico tratante es el doctor Enrique Jiménez Gaitán.

3. El 14 de enero de 2003 el médico tratante le prescribió al citado menor el medicamento Depakene, ácido valproico, como tratamiento para la epilepsia que le afecta. No obstante, el Hospital Rafael Uribe Uribe se negó a suministrarlo puesto que no se trata de un medicamento genérico sino de un producto comercial que está excluido del POS.

#### B. La tutela instaurada

El 25 de febrero de 2003 la madre del menor interpuso acción de tutela contra la ARS Cafam. Argumentó que esa entidad vulneró los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida del menor y solicitó que para proteger tales derechos se le ordene el suministro del fármaco prescrito.

#### C. Actuación cumplida

1. El 27 de febrero de 2003 el Juzgado 33 Penal Municipal de Bogotá admitió la tutela, vinculó a la ARS Cafam y al Fondo de Solidaridad y Garantías y ordenó un concepto médico sobre el estado del menor y el testimonio de la actora.

2. La entidad accionada manifestó que quien debe suministrar el medicamento es el Hospital pues se trata de una IPS que tiene contrato vigente con aquella y en él está incluido el suministro de fármacos. Además, la actora en ningún momento acudió a la ARS a plantear la situación presentada ni a solicitar el suministro de la droga prescrita por el médico tratante de su hijo.

4. La actora manifestó que, aunque el medicamento resulta esencial para el bienestar de su hijo, afectado por permanentes ataques de epilepsia, no se encuentra en capacidad de adquirirlo por sí misma, pues los limitados recursos que percibe como vendedora ambulante de helados se lo impiden. Mucho más si se trata de un jarabe que debe adquirirse cada cuatro días.

5. El Instituto de Medicina Legal rindió un concepto en el que incluyó una revisión bibliográfica del síndrome de Down, de la epilepsia y del medicamento prescrito. En cuanto a esto último, expuso que el nombre genérico es ácido valproico, sí incluido en el POS, y que Depakene es sólo uno de sus nombres comerciales.

## II. SENTENCIA JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

El 13 de marzo de 2003 el juzgado negó la tutela invocada. Para ello argumentó que la acción no debió dirigirse contra la ARS Cafam sino contra la IPS Hospital Rafael Uribe Uribe, pues es ésta, y no aquella, la que, en virtud de un contrato vigente, tiene la obligación de suministrar los medicamentos prescritos a los afiliados.

## III. ACTUACIÓN CUMPLIDA POR LA SALA

El 21 de agosto de 2003, la Sala ordenó integrar el contradictorio en este proceso y ordenó la vinculación de la IPS Hospital Rafael Uribe Uribe y del médico tratante Enrique Jiménez Gaitán. A esa entidad se le solicitó pronunciarse sobre la tutela instaurada y al médico se le solicitó un informe acerca de las razones por las cuales prescribió un medicamento comercial excluido del POS, cuando el genérico de ese mismo producto no está excluido. Además, hasta tanto se toma una decisión definitiva, se protegieron provisionalmente los derechos fundamentales del actor y por ello se le ordenó al citado hospital el suministro inmediato del medicamento, pues ocho meses después de haberse prescrito no le había sido suministrado.

El 25 de agosto de 2003, el gerente del Hospital Rafael Uribe Uribe, tras enterarse de la situación procesal aquí planteada, informó que procedió a suministrarle al menor José Andrés Carranza Rodríguez el medicamento prescrito en su presentación genérica. El médico tratante guardó silencio.

#### IV. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

##### A. Problema jurídico

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional debe determinar si el no suministro de un medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud a un niño de quince años de edad que padece síndrome de Down y epilepsia, vulnera o no sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal y a la vida.

##### B. Solución

1. En cada supuesto en que se demanda protección para determinados derechos fundamentales, está en juego la realización del Estado constitucional de derecho. Esto es así por cuanto, a esta forma de organización política y jurídica le asiste el reto permanente de promover la realización de los derechos como ámbitos específicos de la dignidad de las personas. Es decir, su pervivencia como democracia constitucional está condicionada a concebir y desarrollar las máximas posibilidades de reconocimiento y protección de tales derechos. Si renuncia a este esfuerzo, el Estado se desvirtúa a sí mismo como social y democrático de derecho.

De allí que cada que un juez constitucional imparta una orden a una autoridad pública o a un particular con miras a la protección de un derecho fundamental, esté promoviendo la vigencia de la dignidad del ser humano y de la democracia pluralista como fundamento y reto de las modernas organizaciones estatales. No es, entonces, un interés particular ni una controversia aislada lo que se resuelve en cada proceso de tutela, pues lo que está en juego es la racionalidad misma del Estado constitucional.

En torno a esta contextualización del amparo constitucional de los derechos fundamentales, esta Sala expuso lo siguiente en un reciente pronunciamiento:

“1. Los cimientos de una democracia constitucional están determinados por el

reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden constituido y por la afirmación y realización de la democracia pluralista como alternativa de organización política y jurídica.

El reconocimiento de la dignidad humana como piedra angular de los modernos sistemas sociales conduce a la afirmación del carácter personalista del Estado, una concepción en la que la persona humana es el fin que se ha de realizar, valiéndose para ello del Estado y del derecho como instrumentos y no como fines en sí mismos y mucho menos como entidades dotadas de unos atributos que sólo le asisten a ella.

Y la democracia pluralista no es más que una consecuencia desprendida de la dignidad humana: Sólo los regímenes democráticos y pluralistas suministran el contexto político y jurídico requerido para que la persona humana no se instrumentalice y para que realice o procure la realización de todas sus potencialidades como un ser racional, libre y responsable.

Pero para que una democracia constitucional se realice como tal, no basta sólo con que esos cimientos concurren en el momento originario de un nuevo orden social y con invocarlos luego como un referente histórico que ha de guiar la convivencia de cada día. Por el contrario, para que un Estado constitucional surja y perviva como una alternativa racional y válida de organización social, es preciso que esos cimientos se afirmen y reafirmen cada día frente a los retos que plantea la tensión de la vida en comunidad. Es decir, una democracia constitucional sólo se realiza si cada instancia pública de decisión tiene como norte permanente y no coyuntural la afirmación del cúmulo de atributos que a la manera de derechos fundamentales afirman la dignidad del hombre y sólo si la conformación, ejercicio y control del poder político se asumen con un amplio reconocimiento de espacios de participación ciudadana.

De allí que el reto de un Estado constitucional no sea sólo surgir como una nueva alternativa de organización político y jurídica apta para rescatar la legitimidad perdida por el viejo Estado legal sino, más que eso, abrir espacios para la realización de los derechos fundamentales, pues sólo a través de ellos se afirma la dignidad del hombre, y al tiempo, abrir también espacios para transmitirle al poder constituido el efecto vivificante de la participación de cada ciudadano en la decisión de todo lo que a él le incumbe. Lo primero

impone una clara directriz al ejercicio de la función pública, tanto en las instancias de realización de los derechos como en las de protección, y lo segundo exige generar y fortalecer los mecanismos de expresión de la opinión pública y de participación ciudadana y hacerlo con el respeto de la diferencia como presupuesto de la pacífica convivencia pues para la racionalidad de un Estado social de derecho resulta inconcebible seguir haciendo de la diferencia un pretexto para la exclusión.

Entonces, la dignidad humana y la democracia pluralista no sólo son los cimientos del Estado social de derecho sino también su reto: En últimas, es su realización lo que le transmite la legitimidad de que está urgido como alternativa política de convivencia pacífica.

2. En ese marco deben comprenderse los mecanismos que el moderno constitucionalismo ha diseñado para la defensa de los derechos fundamentales pues éstos no son más que ámbitos de realización de la dignidad del hombre. Por ello, el amparo constitucional de los derechos fundamentales constituye un supuesto mínimo propio de la racionalidad del Estado social de derecho pues se trata de un mecanismo que permite rescatar la dignidad humana cuando ha sido desconocida por las autoridades e incluso, en ciertas hipótesis, por los particulares. Por esta vía, el amparo constitucional de los derechos fundamentales proyecta en el tiempo uno de los cimientos de la democracia constitucional y, al hacerlo, le transmite la legitimidad de que está urgida como alternativa de convivencia.

De allí que instrumentos como la acción de tutela se orienten a la protección de atributos inherentes a la persona pues si no se quiere que la dignidad humana sea una proclama retórica vacía de contenido, los derechos fundamentales que la realizan no sólo deben fundamentar y limitar el ejercicio de los poderes públicos sino que además precisan de un ámbito de control que verifique su respeto como fundamento y límite y que, en caso de desconocimiento, permita, a la manera de un resorte estatal, remover los obstáculos que impidan su realización. Mucho más en aquellos supuestos en que la materialización de uno o más derechos fundamentales, con la consecuente realización de la dignidad de su titular, depende de una prestación estatal". (Sentencia T-299-03).

2. Uno de los ámbitos en los que con mayor frecuencia se demanda el amparo constitucional de los derechos fundamentales, es el de la seguridad social en salud y, en particular, el de la prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

En este punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido bastante clara: Si bien la salud es un derecho de segunda generación, hay lugar a su protección constitucional cuando está en conexidad con otros derechos de primera generación. En estos supuestos, es decir, cuando la salud asume el carácter de derecho fundamental por conexidad, hay lugar a su protección constitucional y por ello deben prestarse los servicios excluidos del POS, aunque para ello sea necesario inaplicar los actos administrativos que restringen la prestación del servicio demandado. Esa restricción administrativa, si bien resulta razonable de cara a la viabilidad financiera del sistema de seguridad social integral, no puede ni debe entenderse en términos absolutos y de allí por qué deba ceder cuando están en juego los derechos fundamentales del afiliado o beneficiario.

Con todo, como quiera que se torna imperativo equilibrar las demandas de protección de los derechos fundamentales vinculados a la prestación del servicio de seguridad social en salud con la viabilidad financiera del sistema de que tal servicio hace parte, la jurisprudencia constitucional ha impuesto unos requisitos estrictos con miras a decantar los supuestos en que hay lugar, por vía de tutela, a la prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud:

“Tales requisitos son<sup>1</sup>:

- i) Que la ausencia del tratamiento o medicamento genere la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida y la integridad personal del afiliado, bien sea porque pone en riesgo su existencia o impide que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
- ii) Que el medicamento o tratamiento requerido no pueda ser reemplazado por otro que sí esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud.
- iii) Que el usuario no tenga la capacidad económica suficiente para pagar el costo del tratamiento o medicamento y
- iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por un profesional de la salud adscrito a la entidad prestadora a la que el accionante o el afiliado coticen.

Estas reglas se justifican porque los derechos a la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional. Solamente adquieren carácter fundamental cuando su amenaza o

vulneración produce un menoscabo a otro derecho que si tiene esta condición, como la vida, la dignidad humana y la integridad personal.

Por ello, la inaplicación de las normas que regulan la exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud y la siguiente aplicación preferencial del Texto Constitucional, es posible únicamente en aquellos casos en los que esa conexidad está verificada<sup>2</sup>.

Será entonces labor del juez constitucional ponderar, de acuerdo a los supuestos fácticos presentes en cada trámite, si se cumplen los requisitos expuestos y decidir la procedencia o negación del amparo requerido". (Sentencia T-878-02).

3. No obstante lo expuesto, cuando se trata de los niños, el derecho a la salud, por previsión expresa del constituyente, tiene el carácter de derecho fundamental. Es decir, en estos casos, la naturaleza de fundamental del derecho a la salud surge directamente de la Carta Política. De allí que su protección constitucional, en caso de vulneración, proceda también de manera directa y sin necesidad de establecer nexo alguno entre la salud del niño y otro derecho de primera generación.

Esto es así por cuanto, como se lo expuso en la Sentencia T-480-02, "Hace mucho se comprendió que la esperanza que todo niño encarna se trunca si el Estado, la sociedad y la familia no se comprometen con el suministro a los menores de edad del entorno material y afectivo que permita su formación integral como seres libres, como seres capaces de trazar responsablemente sus proyectos vitales y de realizarlos. El constitucionalismo no ha sido indiferente a ese compromiso y por ello no ha dudado en dotar del carácter de fundamentales a derechos de segunda o tercera generación cuando su titular es un menor de edad".

En estas condiciones, cuando se trata del derecho a la salud de un menor de edad, el juez de tutela está relevado de todo esfuerzo orientado a afirmar la índole de fundamental de ese derecho pues el constituyente lo dota, directamente de esa calidad.

4. En el caso presente, se requiere el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud, a la integridad física y a la vida de José Andrés Carranza Rodríguez, un niño de quince años de edad afectado con el síndrome de Down y epilepsia. La conducta que se presenta como lesiva de sus derechos fundamentales se le atribuye a la ARS Cafam pues a esta

entidad se le imputa el haber negado el suministro de un medicamento prescrito por el médico tratante y excluido del POS.

Como se puede advertir, ya que se trata del derecho a la salud de un menor de edad, su índole de derecho fundamental es evidente. Y como el medicamento que le prescribió su médico tratante resulta prioritario para el control de los ataques de epilepsia que le afectan de manera constante, hay lugar a su suministro, independientemente de que él se encuentre excluido del POS. Esto por cuanto se trata de un evento en el que está en juego la integridad personal y la salud de un menor de edad, su madre no cuenta con la capacidad económica para asumir su costo y ha sido prescrito por su médico tratante.

La procedencia de la tutela es mucho más evidente si se advierte que en el caso presente está en juego también el mandato constitucional de proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Esto es así porque la entidad accionada ha hecho abstracción completa de la condición física y mental del menor y ha desconocido que esas condiciones la hacen un sujeto de especial protección. Esa condición, paradójicamente, lo ha sometido a un tratamiento discriminatorio pues no se ha hecho distinción entre la situación en que él se encuentra y el estado en que se halla un beneficiario del sistema general de seguridad social al que legítimamente se le puede negar un servicio no incluido en el plan obligatorio de salud.

Ahora, si bien la acción de tutela se dirigió contra la ARS Cafam, era evidente que la vulneración de los derechos fundamentales del menor le resultaba imputable a la IPS Hospital Rafael Uribe Uribe, pues fue esta entidad la que, estando en la obligación de hacerlo, negó el suministro del medicamento. No obstante, como esa situación fue superada por la Sala al integrar debidamente el contradictorio, en este momento nada se opone a que a la citada IPS se le imparta la orden de suministrar el citado fármaco.

En el proceso existe claridad en cuanto a que el medicamento prescrito, Depakene suspensión, está excluido del POS. No obstante, también se indica que ese medicamento, en su presentación genérica, ácido valproico, si está incluido en ese Plan. Con todo, la Corte no tiene motivos para desconocer el criterio profesional que le llevó al citado médico a prescribir ese medicamento y no su presentación genérica. Por lo tanto, se impartirá la orden de que

se suministre ese producto, sin que ello se oponga, naturalmente, a que se suministre el producto genérico si el médico tratante así lo dispone.

## V. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

Primero. Revocar la sentencia proferida el 13 de marzo de 2003 por el Juzgado 33 Penal Municipal de Bogotá.

Segundo. Tutelar el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal del menor José Andrés Carranza Rodríguez. Ordenar a la IPS Hospital Rafael Uribe Uribe, el suministro del medicamento Depakene suspensión por todo el tiempo que su médico tratante lo estime necesario.

Tercero. Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Cfr. T-150/2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1239/2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

2 Sobre este aspecto y precisamente en un caso similar al presente, la Corte señaló: “Esta Corporación se ha ocupado en varios casos similares al estudiado en esta ocasión, en donde se ha inaplicado la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud teniendo en cuenta el perjuicio que con ello se causa a quienes requieren de los procedimientos excluidos, en razón a que con su aplicación se desconocieron los derechos fundamentales a la vida e integridad personal. En efecto, como regla general, esta Corte ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido para ordenar que sea suministrado y evitar, de este modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales. En este orden de ideas, es necesario señalar en esta oportunidad nuevamente que la falta del suministro de elementos médicos excluido por una reglamentación legal, debe ser de tal entidad que amenace los derechos constitucionales a la vida o a la integridad personal del actor, pues, si bien en principio no se puede obligar a las EPS a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos fundamentales, sino solamente se obtiene un nivel mejor u óptimo de salud” Cfr. T-1458/2000 M.P. Fabio Morón Díaz. Estas reglas han sido utilizadas para la decisión de otros casos semejantes: Cfr. T-042/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1662/2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-041/2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-488/2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.