

Sentencia T-840/07

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Carácter fundamental

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Fundamental prevalente

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Instrumentos internacionales de protección

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Función administrativa/COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Funciones

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS

ACCION DE TUTELA-Procedencia para proteger derecho a la salud de los niños

Referencia: expediente T-1632614

Acción de tutela interpuesta por Lorena Duque Cardona en representación de su hijo Jean Pool Londoño Duque contra Cafesalud Seccional Risaralda.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil siete (2007).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Lorena Duque Cardona en representación de su hijo Jean Pool Londoño Duque contra Cafesalud Seccional Risaralda.

I. ANTECEDENTES.

La señora Lorena Duque Cardona, en representación de su hijo Jean Pool Londoño Duque, interpuso acción de tutela contra la EPS Cafesalud, por considerar que dicha entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social; debido a la negativa de la EPS de suministrar el jarabe CLAVULIN E.S 600, para tratar la infección respiratoria aguda que padece.

Para fundamentar su solicitud de amparo ante el juez de instancia y de manera verbal manifestó los siguientes:

1. Hechos.

Expone que su hijo de (10) meses de nacido padece de infección respiratoria aguda, para lo cual lo tuvo hospitalizado por (2) días.

Afirma que la pediatra adscrita a la EPS accionada le recetó el jarabe CLAVULIN E.S 600 y le informó que dejaba retirar a su hijo de la clínica con la condición de suministrarle el medicamento prescrito.

Sostiene que solicitó el jarabe ante la farmacia de la EPS pero que esta se negó a entregarlo aduciendo que: "(...) ese medicamento no lo había allá ni lo daban tampoco, que tenía que comprarlo particularmente".

Asegura que no cuenta con los medios económicos para adquirir el medicamento: "(...) pues soy aseo en el hospital San Vicente de Paúl, acá en Santa Rosa de Cabal y tengo cuatro niños por todos para ver porque el papá de los niños nos dejó (...) además yo por aquí soy sola y me toca hasta pagar quien me vea los niños y la casa donde vivo es arrendada por la cual pago \$130.000, a la que me cuida los niños le pago \$120.000, tengo dos niños estudiando el uno en 5º primaria y el otro en 3º de primaria, todos los niños son menores de edad...".

Finaliza exponiendo que consultó el valor del medicamento y este asciende a la suma de \$88.300, por lo que solicita la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de su hijo, ordenándose que la EPS Cafesalud, proceda a autorizar el suministro del jarabe.

2. Contestación de la entidad demandada.

La administradora de la agencia de la EPS Cafesalud en Risaralda, en escrito, del 23 de marzo de 2007, se opone a la acción de tutela señalando que aunque el medicamento fue ordenado por el médico tratante este: “(...) no puede ser autorizado por esta entidad debido a que no forma parte de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud POS”.

Agrega que la resolución 3797 de 2004 establece que el suministro de medicamentos no POS “debe someterse al estudio del comité técnico científico, y en el caso concreto no existe constancia de haberse agotado dicho mecanismo”.

Considera que la finalidad de la actora es la autorización del tratamiento integral que requiere el paciente, petición cuyo carácter es futuro e incierto, para lo cual afirmó que: “ (...) tal como se dejó consignado en los antecedentes, la presente acción de tutela tiene como objetivo, además de la autorización y cubrimiento de los medicamentos requeridos que le fueren recomendados al paciente, el tratamiento integral que en adelante requiera prestación que no se sabe a ciencia cierta en que consistirá”.

Por último, solicita que se declare improcedente la presente acción de tutela por cuanto la conducta de Cafesalud EPS ha sido legítima. Subsidiariamente solicita que en el evento de que sea concedida, se ordene expresamente en la parte resolutive de la sentencia que el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), reconozca a Cafesalud el 100% de las prestaciones que estén fuera del POS.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

El 29 de marzo de 2007, el Juzgado Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, denegó el amparo solicitado, acogiendo los argumentos expuestos por la entidad accionada, en lo que se refiere al agotamiento del trámite interno ante la EPS, agregando que: (...) mal haría este funcionario entrar a dar ordenes con base en supuestas negativas u omisiones, a fin de proteger las pretensiones de doña Lorena Duque Cardona, frente a la ausencia total de violación de derecho fundamental alguno y por ello, entrará a denegar de plano la acción de tutela instaurada por la nombrada a favor de su hijo...”.

La sentencia no fue impugnada.

III. PRUEBAS.

En el expediente reposan las siguientes pruebas:

* Fotocopia de la fórmula médica expedida por Cafesalud (folio 3).

* Fotocopia del registro civil de nacimiento del niño Jean Pool Londoño Duque (folio 4).

* Fotocopias de la cédula de ciudadanía de la señora Lorena Duque Cardona y del carné de afiliación de Jean Pool Londoño Duque a la EPS Cafesalud (folio 5).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

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

2. Problema jurídico

Considerando los antecedentes planteados corresponde a esta Sala determinar si la EPS Cafesalud Seccional Risaralda, vulnera o no, los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social del niño Jean Pool Londoño Duque, ante la negativa de la entidad de suministrar el medicamento CLAVULIN E.S 600, necesario para el manejo de la infección respiratoria que padece.

La entidad sostiene que el medicamento no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud - POS- y además no se solicitó previamente el concepto del Comité Técnico Científico -CTC- , para su aprobación.

Para resolver el problema jurídico anterior la Sala reiterará su jurisprudencia relacionada con: (i) el derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de los niños; (ii) subreglas

para obtener el suministro de prestaciones excluidas del plan obligatorio de salud POS; (iii) la naturaleza y las funciones de los Comités Técnicos Científicos y por último (iv) la solución del caso concreto.

3. El derecho a la salud y la seguridad social de los niños es fundamental por mandato expreso de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia constitucional¹ ha sido uniforme en explicar la doble categorización que se predica de los derechos de los niños en el Estado colombiano, la cual está materializada en el artículo 44 de la Constitución cuando expresa:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...) los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. (Subrayado fuera de texto).

Los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes, características que les fueron otorgadas con la finalidad de garantizar la protección especial de la que son titulares y la especial atención con que se debe salvaguardar el proceso de desarrollo y formación de los mismos. Sobre el particular esta Corporación ha explicado²:

“Por una parte, en su inicio, el artículo [44] establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,³ dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

“El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos”. ⁴

El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional.

La Constitución Colombiana de 1991 no ha hecho en este sentido nada diferente que reproducir lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar, que tales instrumentos del derecho internacional, han sido ratificados por la República de Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política.

Así las cosas, la prevalencia de los derechos de los niños está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció: Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”. De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991, mediante Decreto 94 de 1992, consagró: “Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 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 infante requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. En especial, frente al tema del derecho a la salud, el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del niño, 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".⁵

Ahora bien, cabe enfatizar aquí que el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiriera la categoría de fundamental, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.⁶

Bajo este entendido, el estado colombiano no sólo debe garantizar la prestación de un adecuado sistema de seguridad social en salud para cubrir las necesidades de los niños, sino que debe impedir que a través de sus órganos, bien sean estos del poder central o de las entidades territoriales, o de los particulares en los que el Estado ha delegado la función de proporcionar el servicio de salud, se ponga en riesgo o se vulnere tan preciado derecho. Ello, se reitera, por considerar que los niños forman parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos.

Se concluye que ha sido constante la jurisprudencia de esta Corte en señalar que la salud en el caso de los niños es un derecho fundamental por expreso mandato constitucional, por ello se insiste en esta oportunidad, en que debe prestarse ineludible atención a los mandatos constitucionales referidos, y portanto, en los casos concretos que lo requieran, es procedente la acción de tutela como mecanismo para lograr su inmediata efectividad.

4. Subreglas para obtener el suministro de prestaciones excluidas del plan obligatorio de salud -POS-. Reiteración de jurisprudencia.

El modelo de seguridad social en salud previsto en la Constitución Política está fundado en la eficacia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Art. 48 C.P.). Esto significa que el suministro de prestaciones médico asistenciales, al igual que la ejecución de programas de promoción y prevención, deben tener por objeto principal garantizar los

derechos fundamentales intrínsecamente ligados con el mantenimiento de las condiciones de salud, bajo un marco que garantice la ampliación progresiva de la cobertura.

La determinación de un plan obligatorio a cargo del sistema de seguridad social en salud, puede generar controversias en términos de derechos fundamentales para eventos precisos.

En efecto, la armonía entre las normas que regulan el plan obligatorio y los preceptos constitucionales pueden verse comprometidos en los casos en que el usuario del servicio de salud requiere de un procedimiento o medicamento necesario para la conservación de su vida en condiciones dignas o su salud y estas prestaciones se encuentran por fuera del -POS-

Ante esa posibilidad fáctica, la Corte ha definido reglas jurisprudenciales precisas sobre los requisitos que deben cumplirse para que el juez constitucional, ante una situación particular, ordene el suministro de la prestación excluida del POS. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la acción de tutela es procedente cuando concurren las condiciones siguientes:

“i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna.

“ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

“iii) Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y

“iv) Que estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante⁷”.

No obstante, en relación con el cumplimiento del primero de los requisitos expuestos, la intensidad de su comprobación debe modularse para el caso en que los afectados sean

niños. Ello debido al carácter fundamental que tiene el derecho a la salud de los infantes, según lo previsto en el artículo 44 Superior. Desde esta perspectiva, el requisito en comento resultará acreditado cuando la ausencia de la prestación médico asistencial involucre una afectación del bienestar físico, mental o social de los niños.

5. Las decisiones de los comités técnicos científicos no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS. Reiteración de jurisprudencia.

Respecto de la función específica que tienen los Comités, la Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, en los artículos 1º y 2º, manifiesta que son instancias administrativas de las EPS, conformadas por un representante de las mismas, un representante de la IPS y, un representante de los usuarios, de quienes al menos uno de ellos debe ser médico, y cuya función es:

“1. Atender las reclamaciones que presenten los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Contributivo y Subsidiado y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud.

(...)”

Teniendo en cuenta las funciones de los comités⁸, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en sostener que las decisiones de los comités técnicos científicos no son una instancia más entre los usuarios y la EPS⁹ y que su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS¹⁰. Sobre el particular, esta Corporación ha considerado que los Comités Técnico Científicos son órganos de carácter administrativo de las EPS.

La Corte ha estimado con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, su composición - puesto que no todos sus miembros son médicos - y relación de dependencia respecto de las EPS, que: “(i) su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.”¹¹

Así, por ejemplo la Corte Constitucional en sentencia T-704/05 MP. Clara Inés Vargas Hernández, consideró, con fundamento en el procedimiento para solicitar la autorización por parte del Comité Técnico Científico de un medicamento excluido del POS, que es el médico tratante, quien consideró necesaria la prescripción de la medicina, quien debe “elaborar la formula en la forma respectiva y con las justificaciones pertinentes, para que su decisión sea evaluada en el Comité Técnico Científico. Como se observa, en esta actuación no hay cabida a intervención alguna del afiliado. Posteriormente, tendrá lugar la realización del Comité Técnico Científico, cuya convocatoria y evacuación, como es lógico, corresponde implementar únicamente a la entidad prestadora del servicio y por tanto, tampoco son actuaciones que dependan del afiliado al sistema de seguridad social”.

Por último, en dicha sentencia la Corte concluyó que está a cargo de las entidades del sistema, “la totalidad del trámite descrito para obtener la aprobación del Comité Técnico Científico sobre la prescripción del medicamento excluido del POS, cuando no se inicia y agota oportunamente tal procedimiento, hay negligencia administrativa que no puede excusarse y menos si por ella se menoscaban los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los afiliados”.

Así mismo, esta Corporación en sentencia T-1063/0512 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, aseveró “[los] jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional”. 13

Del mismo modo, la Corte en sentencia T-1164/05 MP. Manuel José Cepeda Espinosa, estimó que “La función del Comité Técnico Científico no puede concebirse como una instancia más, entre los usuarios y la EPS, por tanto, éstas no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de un trámite interno de la entidad.¹⁴ Es importante para la Corte resaltar que la reglamentación en salud aplicable (Resolución 2948 de 2003 del Ministerio de la Protección Social) establece expresamente que tal procedimiento es competencia del médico tratante adscrito a la EPS y no es un trámite que le corresponda adelantar por cuenta propia a la accionante”.

También en sentencia T-071/06 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, esta Corporación adujo que cuando una persona requiere de “un tratamiento, examen, intervención, medicamento o

diagnóstico” y las Entidades Promotoras de Salud lo niegan con fundamento en que no está incluido en el POS, o por cuanto no fue autorizado por el Comité Técnico Científico, “la acción de tutela se torna procedente siempre y cuando se afecten los derechos fundamentales de la misma y se cumplan con los criterios señalados en la jurisprudencia constitucional”.

En este orden de ideas, y con fundamento en la jurisprudencia citada, no se puede exigir a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que solicitan el suministro de medicamentos excluidos del POS acudir previamente al Comité Técnico Científico -CTC-, como requisito de procedencia de la acción de tutela y muchos menos para acceder a un servicio médico.

Ahora bien con el fin de preservar el equilibrio financiero de la EPS obligada a prestar el servicio, ésta tiene la posibilidad de repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA, tal y como lo ha señalado esta Corporación en providencias anteriores.

6. Caso concreto.

6.1 El problema jurídico que se pretende solucionar, corresponde en determinar si la EPS Cafesalud Seccional Risaralda, vulnera o no los derechos fundamentales a la vida y a la salud, del niño Jean Pool Londoño Duque, ante la negativa de la entidad de suministrar el medicamento CLAVULIN E.S 600, necesario para el manejo de la infección respiratoria que padece.

La entidad sostiene que el medicamento no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud - POS- y además no se solicitó previamente el concepto del Comité Técnico Científico -CTC- , para su aprobación.

6.2 Antes que entrar a estudiar de fondo el presente caso, es pertinente resaltar que el asunto reviste una especial importancia, ya que se trata de la atención que requiere un niño que goza de una especial y reforzada protección constitucional y cuyo derecho a la salud es fundamental. Aunado a lo anterior, Jean Pool, por la infección respiratoria aguda que padece se encuentra en una circunstancia que acentúa su condición de debilidad, y por ende la negativa de suministrarle el medicamento CLAVULIN E.S 600, para mejorar su calidad de vida, pone en riesgo sus derechos a la salud y a la dignidad humana, razones que a juicio de la Corte, son suficientes para considerar que en este caso es viable el amparo constitucional.

Ponderando cada uno de las subreglas trazadas por esta Corporación para que en casos como el presente proceda la acción de tutela, tal y como se reseñó en la parte considerativa de esta providencia, la Sala encuentra que en este caso se cumplen de la siguiente manera:

“i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna”.

La falta del suministro del medicamento CLAVULIN E.S 600, vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida del niño en la medida que del material probatorio obrante en el expediente, se evidencia que padece de una infección respiratoria aguda, tal como se desprende de la afirmación de la representante de la EPS accionada a folio 8 del expediente. Si bien no está acreditado en el expediente que la ausencia de este jarabe pone en inminente riesgo de muerte al infante, está probado que se trata de un niño que no ha podido recobrar plenamente su estado de salud, motivo por el cual se afecta su condición digna de existencia.

“ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente”.

De igual manera se estima, que el requisito relativo a que el medicamento prescrito no pueda ser reemplazado por otro que se encuentre contemplado en el POS, se cumple por cuanto tal circunstancia no fue alegada por la EPS Cafesalud en la contestación de la demanda, esto es, no se aportó prueba por parte de la entidad demandada de que el fármaco ordenado al niño Londoño Duque, pudiera ser sustituido por otro que produzca igual resultado para tratar la patología que padece.

“iii) Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud”.

En cuanto al costo del medicamento y la capacidad de pago para cubrir los mismos, la accionante informó que el CLAVULIN E.S 600, tiene un costo de \$88.300. Afirmó igualmente, bajo la gravedad de juramento, que es aseadora en un Hospital donde le pagan el salario mínimo, ingreso que debe invertir en la manutención propia y la de 4 hijos todos menores de 18 años. Afirmó que el padre de sus hijos los abandonó, razón por la cual costea ella sola los gastos de su núcleo familiar; pagando \$120.000 a la persona que cuida los niños mientras ella trabaja, más \$130.000 correspondiente al arriendo. Sumado a estos gastos 2 de sus hijos están estudiando, lo cual le demanda más gastos.

En estas condiciones puede sostenerse que la accionante al no disponer de los recursos económicos necesarios, no está en capacidad de asumir el costo de la compra del medicamento y se amenazaría de manera irrefutable el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar, al imponerle este nuevo gasto que se sale de la orbita de su capacidad de pago¹⁵.

“iv) Que estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante”.

Respecto del requisito de la vinculación entre la entidad promotora de salud y el médico tratante, se advierte que la entidad no objeto esta circunstancia por lo que se deduce que la pediatra que elaboró el diagnóstico y ordeno el medicamento se encuentra vinculada a la EPS Cafesalud, además reposa en el expediente aceptación expresa de la representante seccional de la entidad demandada, cuando afirma:“(...) siéndole ordenado por su médico tratante el medicamento denominado CLAVULIN...”¹⁶ (Subrayado fuera de texto).

6.3 Por otra parte, para la Sala no es de recibo el argumento alegado por la EPS en la contestación de la demanda, cuando asevera que la acción de tutela “(...) es improcedente para reclamar medicamentos NO POS sin que medie solicitud previa ante la EPS para que se conforme el comité técnico científico...”, a fin de que sea tal dependencia la que determine la viabilidad o no de la autorización de los medicamentos.

Sobre el anterior tema, como se señaló en el recuento jurisprudencial de esta sentencia, la Corte ha manifestado que con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición, en cuanto que no todos sus miembros son médicos y la relación es más de carácter administrativo, su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y por tanto, no puede considerarse como una

instancia más entre los usuarios y las EPS, y tampoco como un requisito para la procedencia del amparo constitucional.

6.4 Finalmente, la Sala habrá de referirse al argumento del juez de instancia, quien considero erradamente que la accionante no solicitó los medicamentos a la EPS y en esta medida no podía afirmarse que los mismos fueron negados. Al respecto debe señalarse que el Juzgado no le dio el alcance adecuado a la afirmación hecha por la actora bajo la gravedad de juramento (no desvirtuada por la EPS), cuando la actora ante el juzgado que recibió su solicitud de tutela expresó: “(...) yo averigüé en la farmacia (...) en Pereira para ver sí lo habían y me dijeron que no, que tenía que comprarlo por aparte, vine a (...) Santa Rosa de Cabal y me dijeron que ese medicamento no lo había allá ni lo daban tampoco, que tenía que comprarlo particularmente y yo no tengo los medios económicos para comprarlo ...”. (Folio 1 del expediente).

Además de lo anterior, el juez de instancia contaba con otro elemento para encontrar probada la negativa de la entidad de autorizar la entrega del medicamento cuando en el escrito de contestación la representante de la entidad manifestó: (...) el medicamento denominado CLAVULIN SUSPENSIÓN, el cual no puede ser autorizado por esta entidad debido a que no forma parte de los beneficios del Plan Obligatorio de Salud POS”. (Subrayado fuera de texto)¹⁷

6.5 Ahora bien, teniendo en cuenta que el niño padece una infección pulmonar aguda, se hace necesario que se le garantice una atención integral en salud (entiéndase consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, etc.), que le brinde una adecuada recuperación, conforme a las prescripciones que los médicos adscritos a la EPS efectúen para tal fin.

No sobra recordar que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de integralidad en virtud del cual, en casos como el presente, se ha establecido que el juez de tutela debe ordenar que se garantice el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento¹⁸.

Específicamente ha indicado esta Corporación:

“(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario

son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley.”¹⁹

El principio encuentra asidero en la medida que (i) garantiza la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evita a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso, se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del niño Jean Pool Londoño Duque, hijo de la accionante Lorena Duque Cardona.

En armonía con lo señalado anteriormente se dará aplicación directa a los preceptos constitucionales como lo ha hecho esta Corporación en casos similares²⁰. Por tanto, considerando el tiempo transcurrido entre la prescripción del jarabe y la fecha de revisión del presente caso, así como la naturaleza de la infección que padece el infante; se ordenará a la EPS accionada una nueva valoración del niño Jean Pool Londoño Duque, para que su médico tratante determine el tratamiento para conjurar la infección pulmonar aguda que padece, garantizándosele el suministro de los medicamentos y tratamientos necesarios cuando los requiera - incluso el “CLAVULIN E.S 600”.

Por su parte, se advertirá a la EPS Cafesalud que podrá repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en esta providencia.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2007, por el Juzgado Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, dentro de la acción de tutela interpuesta por Lorena Duque Cardona en representación de su hijo Jean Pool Londoño Duque, contra la EPS Cafesalud Seccional Risaralda, por las razones y en los términos de esta sentencia.

SEGUNDO.- CONCEDER la tutela para la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de Jean Pool Londoño Duque y, en consecuencia, ORDENAR a la EPS Cafesalud, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, realice una nueva valoración médica del niño Londoño Duque, en la que se pueda determinar el tratamiento integral de la afección pulmonar aguda que padece y se le garantice el suministro de los medicamentos o procedimientos necesarios, aun cuando no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud - incluso el "CLAVULIN E.S 600", según las prescripciones del médico tratante.

TERCERO.- PREVENIR a la EPS Cafesalud, para que en el futuro se abstenga de incurrir en las conductas que dieron origen a la presente acción de tutela.

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencias SU-225/98, T-415/98 y T-864/99, T-887/99, T-179/00, T-597/01, C-839/01, entre otras.

2 Sentencia T-510/03. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Sentencia C-157/02. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 En este sentido, ver sentencias T-165/04 y T-350/03.

6 Sentencias T- 530/04, T-1019/02, T-972/01, entre otras.

7 Acerca de estos requisitos se pueden confrontar entre otras, las sentencias T-500/94, SU-819/99, T-523/01, T-586/02, T-990/02, T-237/03, T-835/05, T-227/06, T-335/06, T-202 de 2007, T-492/07 y T-579/07.

8 Respecto de las funciones de los comités ver las sentencias T-1126/05, T-071/06, T-566/06 y T-964/06 entre otras.

9 Sentencias T-1164/05, T-335/06, T-936/06 y T-964/06.

10 Véanse las sentencias T-1192/04, T-339/05, T-471/05, T-1289/05, T-071/06, T-227/06, T-335/06 y T-365A/06.

11 Sentencia T-344/02 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 En este caso, la madre de una niña manifestó que su hija nació con una deficiencia en su desarrollo físico y psicológico, por lo que realiza actividades de una niña de 5 años aunque tiene 13, y su aspecto físico es el de una niña de 7 años. A la niña le fueron ordenados los exámenes valoración genética, aminoácidos en plasma (HPLC), ácidos orgánicos de cadena ramificada y mucopolisacáridos, exámenes que la EPS demandada se negaba a suministrar por estar excluidos del POS. (...) El amparo constitucional fue negado por el juez de instancia porque consideró, (...) segundo, que la tutela era improcedente para reclamar la autorización de los exámenes aludidos, pues la madre de la niña no había agotado el procedimiento previsto para el efecto ante el Comité Técnico Científico de Humananviviendo EPS. La Corte ordenó a la entidad demandada que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a

partir de la notificación de esa providencia, autorizara la práctica de los exámenes.

13 Reiterada en sentencia T-071/06 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 Ver entre otras la Sentencia T- 344/02, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), reiterada en sentencias T- 053/04, MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-616/04, MP. Jaime Araujo Rentería y T-236^a/ 05, MP. Rodrigo Escobar Gil.

15 La Corte ha aplicado este mismo criterio en casos similares. Sentencias T-883/03 y T-1007/03 entre otras.

16 Folio 8 del cuaderno principal.

17 Folio 8 del cuaderno principal.

18 El principio de integralidad, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en las sentencias: T-179/00, T-133/01, C-674/01, T-111/03, T-319/03, T-136/04, C-760/04, T-719/05, T-965/05, T-062/06, T-282/06, T-518/06, T-492-07, T-597-07 entre otras.

19 Corte Constitucional, Sentencia T-136/04 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. El caso fue seleccionado por la Corte , con el fin de precisar en su sentencia que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales desarrolladas en fallos anteriores, es deber del juez de tutela garantizar la integralidad en materia de salud, específicamente, tratándose de la prestación del servicio. Por tal motivo revocó parcialmente la orden del juez de segunda instancia, ordenando que se garantizara el acceso del resto de servicios médicos que debían entenderse incluidos en el tratamiento médico, ordenado por el médico tratante.

20 Ver las Sentencias T-492-07, T-557/06, T-518/06, T-276/05, T-265/05, T-093/05, T-599/03, T-446/03, T-571/01, T-693/01, entre muchas otras.