

Sentencia T-184/11

DERECHO A LA SALUD-Fundamental/DERECHO A LA SALUD-Concepto

Esta Corporación ha establecido en su jurisprudencia que la salud es un derecho fundamental. Por tanto, es obligación del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desarrollar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho. El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.” Esta concepción responde a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de la personas, en consecuencia garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Protección constitucional reforzada en el ámbito interno y en el ámbito internacional

Los niños cuentan con la titularidad de los derechos consagrados en la Constitución Política, entre los cuales se encuentran los incluidos por bloque de constitucionalidad en estricto sentido que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno (art. 93 C.P), como son: Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales; Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales.”

JUEZ DE TUTELA-No es competente para decidir sobre idoneidad de tratamientos y medicamentos de salud

Esta Corporación estableció que la decisión relativa a cuáles son los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, no le corresponde al juez de tutela, pues esta facultad se encuentra en cabeza de los médicos. Así, el juez no puede valorar el tratamiento médico llevado a cabo por el endocrinólogo a la enfermedad que padece la niña, por lo tanto escapa a la órbita del funcionario jurisdiccional establecer la idoneidad del cambio de la fórmula de la hormona de crecimiento de somatropina suministrada a la menor para atender la

patología que la aqueja. No obstante, con la finalidad de garantizar el derecho a la salud de la paciente, en virtud de la especial protección de esta garantía en los menores, el cual involucra el derecho a que se actualice la orden del médico tratante cuando su desarrollo físico puede conllevar a modificaciones en el tratamiento, se ordenará a la demandada que realice una valoración médica de la niña para determinar: (i) si el medicamento suministrado ha sido eficaz contra la enfermedad que padece; y (ii) definir cuál es el tratamiento necesario e idóneo para el enanismo que sufre la menor.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Valoración y tratamiento necesario e idóneo para la enfermedad de enanismo

Referencia: expediente T-2892164

Acción de tutela interpuesta por María Noemí Mejía Giraldo en calidad de representante legal de Gloria Gallego Mejía contra Saludcoop E.P.S.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil once (2011)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes de Pereira - Risaralda, en el trámite de la acción de tutela incoada por la señora María Noemí Mejía Giraldo a través de apoderada, en calidad de representante legal de la menor Gloria Gallego Mejía contra Saludcoop E.P.S.

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos.

1.1 La niña Gloria Gallego Mejía es una persona de condición indígena de 11 años de edad, residente de la ciudad de Pereira, que se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria a Saludcoop E.P.S, a quien le fue diagnosticado, “*enanismo, no clasificado en otra parte, lesión de línea media y cardiopatía congénita*”, según afirma su representante legal.

1.2 El 8 de agosto de 2010 en cita médica el profesional especializado en endocrinología Alin Abreu Lomba prescribió “*como tratamiento de hormona de crecimiento por 1 año*” el medicamento somatropina de 24ui por 8 mg, para tal fin, el médico diligenció el formato de medicamento no POS, con su respectiva justificación para la droga señalada.

1.3 Adicionalmente, señala la madre de la menor que en el formulario de solicitud de medicamentos No POS, el especialista manifestó que la droga debe ser suministrada y aplicada a la paciente de manera constante e ininterrumpida para que sea eficaz contra las patologías enunciadas.

1.4 No obstante, a la fecha de la presentación de la acción constitucional Saludcoop E.P.S no había suministrado la medicina que requiere la menor Gloria Gallego Mejía, pese que desde el mes de agosto se radicó la documentación pertinente ante la accionada, a fin de que el comité técnico científico autorizara el medicamento no POS.

1.5 La representante agrega que su hija necesita la hormona de crecimiento, para evitar dificultades en el desarrollo sicomotor, puesto que el medicamento solicitado es indispensable en esta etapa de la infancia. En consecuencia, la enfermedad que padece la niña está repercutiendo en su vida, en la medida que ha repetido en tres oportunidades primer grado e igualmente se encuentra en un tratamiento psicológico porque los niños de su edad la rechazan, al punto, que esta situación ha causado el retraimiento y alejamiento de Gloria del medio social.

1.6 Por lo anterior, la peticionaria solicita la protección de los derechos a la vida digna, la salud y la integridad física de su hija, y en consecuencia, se ordene a Saludcoop E.P.S. que autorice la entrega del medicamento hormona de crecimiento somatropina 24ui por 8 mg Zaizen, para el tratamiento de la enfermedad que padece.

2. Contestación de la solicitud de tutela

2.1. El señor Nelson Infante Riaño Gerente Regional de Saludcoop E.P.S. se opuso a las pretensiones de la tutela apoyándose en los siguientes argumentos.

- Saludcoop E.P.S. recalca que su conducta goza de plena legalidad, toda vez que estribó en el acatamiento de la normatividad vigente, pues

cumplió con el procedimiento establecido en la resolución 548 de 2010¹ de solicitar el concepto previo a los comités técnicos científicos para el suministro de medicamentos fuera de los planes de salud.

- Así mismo, señala la accionada que el médico tratante modificó la fórmula del medicamento enunciado, a somatropina 16 ui de 5 mg, porque no existía en la farmacia la droga inicialmente prescrita. Por consiguiente, el comité técnico científico con el propósito de garantizar el acceso de la menor al tratamiento autorizó por tres meses el medicamento variado por el endocrinólogo Alin Abreu Lomba.
- Por lo tanto, se configuró la improcedencia de la tutela por carencia de objeto, en la medida que con la entrega del medicamento (así se haya variado la fórmula) ha desaparecido la vulneración y la amenaza de los derechos fundamentales de la paciente. En este punto, cita la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, para significar que el *“hecho superado es la cesación de la acción u omisión impugnada de una autoridad pública o un particular, lo que hace improcedente la acción incoada, pues no existe objeto jurídico sobre el cual proveer”*².
- En cuanto al tratamiento integral, considera que dicho pedido es improcedente, en razón a que en la demanda no aparece indicio o prueba que ponga en evidencia la actual necesidad del mismo. Además, de lo afirmado por la apoderada de la representante legal no se desprende que Saludcoop E.P.S. haya negado servicios de salud deliberadamente y sin justificación alguna.
- Por lo anterior, la accionada pide no acceder a las pretensiones de la tutela y subsidiariamente, en caso de que el fallo le sea adverso, solicita *“se disponga el respectivo recobro ante el Fosyga, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la formulación de la cuenta pertinente”*. Igualmente, suplica que en el evento que la decisión sea favorable a la accionante, se indique concretamente el servicio no POS que deberá ser cubierto y autorizado por la entidad.

3. El fallo objeto de revisión

3.1 En primera instancia, mediante sentencia del 26 de octubre de 2010, el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes de Pereira - Risaralda resolvió negar el amparo solicitado por considerar que en el caso concreto, Saludcoop E.P.S. no ha vulnerado los derechos de la menor Gloria Gallego Mejía, puesto que el médico tratante modificó la fórmula de la hormona de crecimiento con el fin de permitir el acceso del medicamento a la paciente; de

¹ Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos, se establece el procedimiento de radicación, reconocimiento y pago de recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga– y se dictan otras disposiciones aplicables durante el período de transición de que trata el artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010.

² Sentencias T-1521 de 2000, T-1664 de 2000, T-081 de 2001 y T-084 de 2001.

tal forma que el comité científico de la EPS aprobó la autorización para su suministro por el interregno de 3 meses. Adicionalmente, subrayó el a-quo con base en la jurisprudencia de esta Corte³ que al juez constitucional le está vedado inmiscuirse en la órbita del profesional de la salud, con el fin de sustituir los criterios médicos, en la medida que los galenos asumen toda la responsabilidad penal y civil frente a sus pacientes por los tratamientos y medicamentos que les formulen.

Así mismo, señaló el juez constitucional que no será tenida en cuenta la aseveración de la apoderada judicial respecto a que el cambio de la medicación se produce por los altos costos de la droga inicialmente prescrita, toda vez que carece de sustento probatorio, en consecuencia lesivo al buen nombre del médico que emitió la fórmula.

Por lo anterior, el juez de primera instancia decidió acoger la decisión del cambio de la formulación del especialista en endocrinología. De similar forma, recalcó que según el plenario, un mes antes de la interposición de la acción de tutela se había producido la modificación de la prescripción médica, sin embargo tanto la madre como la apoderada judicial de la menor decidieron no recibir el medicamento suministrado por la E.P.S y optar por la acción de amparo presentando hechos sesgados que podrían causar error en el juzgador. En otras palabras, para el a-quo la niña Gloria Gallego Mejía no ha accedido a la hormona de crecimiento (que constituye el tratamiento para la enfermedad de baja talla que padece) por la negativa de la E.P.S. de autorizarlo, sino debido al *“capricho y decisión voluntaria e irresponsable de la parte accionante (madre y apoderada judicial).”*

3.2 Este fallo no fue impugnado por ninguna de las partes, razón por la cual se remitió el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Las pruebas allegadas al proceso

4.1 La parte accionante allegó al proceso las siguientes pruebas:

- Copia de la tarjeta de identidad de la menor Gloria Gallego Mejía (Fls. 11 cuaderno 2).
- Copia de la cedula de ciudadanía de la señora María Noemí Mejía Giraldo. (Fls. 11 cuaderno 2)
- Copia de la fórmula médica en la cual se prescribió la hormona de crecimiento somatropina 24 UI por 8 mg (fls. 12 Cuaderno 2).
- Copia de formulario de justificación de uso para medicamento fuera del plan obligatorio de salud, en el cual se solicita la hormona de crecimiento somatropina 24 UI por 8 mg (fls. 13 Cuaderno 2)

³ Sentencia T-1214 de 2008.

- Copia de la historia clínica de la niña Gloria Gallego Mejía (fls. 14 Cuaderno 2).

4.2 La parte accionada allegó al proceso las siguientes pruebas:

- Copia de la formula médica en la cual se prescribió la hormona de crecimiento somatropina 16 UI por 5 mg (fls. 28 Cuaderno 2).
- Copia de formulario de justificación de uso para medicamento fuera del plan obligatorio de salud, en el cual se solicita la hormona de crecimiento somatropina 16 UI por 5 mg (fls. 28 Cuaderno 2)

4.3 Pruebas solicitadas por la Sala de Revisión.

En sede de revisión el despacho del Magistrado Sustanciador trató infructuosamente de establecer comunicación telefónica con la señora María Noemí Mejía a los números de su residencia, los cuales no se encuentran en servicio, según informa la compañía de telefonía.

En consecuencia, se procedió a dialogar con la apoderada judicial María Patricia Amador Valencia, quien informó que a la menor Gloria Gallego Mejía le fue suministrado el medicamento de somatropina 16 UI por 5mg conforme a la prescripción del endocrinólogo. Adicionalmente, manifestó la abogada que la demandada renovó la autorización de la hormona de crecimiento, por lo que en la actualidad se está proporcionando la droga a la paciente. Igualmente, afirmó la profesional en derecho que el médico tratante el señor Abreu, le manifestó a la representante legal que la medicina en la dosis suministrada no había dado resultado eficaz contra la enfermedad que padece la niña.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia.

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar la sentencia del 26 de octubre de 2010, proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes de Pereira - Risaralda, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

Presentación del problema jurídico

2. De conformidad con la situación fáctica planteada, corresponde a la Sala establecer si Saludcoop E.P.S vulneró los derechos fundamentales de la menor Gloria Gallego Mejía, a la vida, la seguridad social y a la salud, como consecuencia del cambio realizado por el médico tratante de la hormona de

crecimiento somatropina 24 UI por 8 mg de zaizen, por somatropina 16 UI por 5 mg. para el tratamiento de la enfermedad que padece.

Para resolver esta cuestión la Sala reiterará y armonizará su jurisprudencia sobre i) la protección constitucional del derecho fundamental a la salud; ii) la protección reforzada a la salud en los sujetos de especial protección constitucional: niños y niñas; iii) la imposibilidad de los jueces para decidir sobre la idoneidad de tratamientos y medicamentos en dicha materia; y iv) análisis del caso concreto.

La protección constitucional del derecho fundamental a la salud⁴.

2. Esta Corporación ha establecido en su jurisprudencia que la salud es un derecho fundamental⁵. Por tanto, es obligación del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desarrollar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.⁶

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”*⁷ Esta concepción responde a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de la personas, en consecuencia garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales⁸.

Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido la procedencia del amparo por vía de tutela de este derecho cuando se verifica alguno de los siguientes puntos: *“(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden*

⁴ Con base en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden *“ser brevemente justificadas”*. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre otras, en las sentencias T-333 de 2009, T-332 de 2009, T-808 de 2008, T-784 de 2008, T-1032 de 2007, T-689 de 2006, T-465A de 2006, T-810 de 2005, T-959 de 2004, T-392 de 2004, T-054 de 2002 y T-549 de 1995.

⁵ Sentencias T-016 de 2007, T-173 de 2008, T-760 de 2008, T-820 de 2008; T-999 de 2008 y T-566 de 2010.

⁶ Sentencias T-999 de 2008 y T-931 de 2010.

⁷ Sentencias T-597 de 1993, T-454 de 2008, T-566 de 2010 y T-931 de 2010.

⁸ En este mismo sentido, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que *“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”*. ” Subrayado por fuera del texto original.

a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.”⁹

Por lo tanto, el derecho fundamental a la salud exige que las entidades que prestan dicho servicio, deben realizar todas las acciones correspondientes a la óptima prestación del mismo, en procura del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues, como se indicó, la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, en especial el de la vida y el de la dignidad, que deben ser resguardadas por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos constitucionales, internacionales y jurisprudenciales.¹⁰

La protección reforzada a la salud en sujetos de especial protección constitucional: Niños y Niñas.

3. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones a la importancia de los derechos de las niñas y niños, en las que ha procedido a su correspondiente amparo¹¹, resaltando las diversas formas de fundamentabilidad de los derechos de los menores y las garantías que la Carta Política establece para la satisfacción de los mismos¹².

Así, los niños cuentan con la titularidad de los derechos consagrados en la Constitución Política, entre los cuales se encuentran los incluidos por bloque de constitucionalidad en estricto sentido que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno (art. 93 C.P), como son: Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos¹³; Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales; Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959¹⁴; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, primer documento jurídicamente vinculante en donde

⁹ Sentencia T-999 de 2008, T-780 de 2008 y T-931 de 2010.

¹⁰ Sentencia T-816 de 2008 y T-931 de 2010.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 1992 (protege el derecho al acceso a la educación normal frente a la educación especial); sentencias T-523 de 1992; T-217 de 1994; T-278 de 1994; y T-339 de 1994 (protegen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella); sentencia T-524 de 1992 (protege el derecho de los niños al libre desarrollo de su personalidad); sentencias T-067 y T-068 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la igualdad de oportunidad en colegios bilingües; sentencias T-378 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994, T 101 de 2006, T 840 de 2007, T 1214 de 2008 y T 531 de 2009 (protegen el derecho de los niños a la vida y a la salud; sentencia T-466 de 1992 (protege el derecho de los niños a la recreación).

¹² Sentencias SU-043 de 1995 y C-157 de 2002.

¹³ Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere.”

¹⁴ 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.”

confluye “*toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales.*”¹⁵

Adicionalmente, la Norma Suprema en su artículo 44 estatuyó nominalmente unos derechos fundamentales de los niños y su prevalencia respecto de los demás. Sobre el particular esta Corporación ha explicado: “*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, 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*”¹⁶

En esta lógica, la Corte señaló en sentencia C-507 de 2004 “*que, los derechos fundamentales de los niños se caracterizan por ser derechos de protección, en tal sentido, implican la necesaria adopción de una serie de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar el desarrollo armónico e integral de los menores, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Por tal razón, deben cobijar la esfera intelectual, afectiva, deportiva, social y cultural de los menores, como dimensiones que forman parte del desarrollo integral de la persona*”. Por esta razón, el Estado se encuentra obligado a proveer a los niños y niñas una protección reforzada, cuando la sociedad y la familia no se encuentren en condiciones de salvaguardar sus derechos, por ende implica un accionar de las instituciones, que se encaminen a “*medidas de protección especial [que] deben tener por*

¹⁵ De la lectura de la Convención sobre los Derechos de los Niños resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños sin distinción, tanto a los niños que habitan países subdesarrollados, como a aquellos que proceden de países desarrollados; (iii) los derechos de los niños se aplican por igual a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores.

¹⁶ Sentencias T-510 de 2003 y T-840 de 2007.

finalidad garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos.”¹⁷.

Luego, tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47)¹⁸ la defensa al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. *“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”¹⁹.*

Por último, la jurisprudencia constitucional ha tutelado los derechos de los menores garantizándoles los aspectos básicos del derecho a la salud, como el derecho a que se actualice la orden del médico tratante cuando su desarrollo físico puede conllevar modificaciones al tratamiento,²⁰ o el derecho al diagnóstico.²¹

La imposibilidad de los jueces para decidir sobre la idoneidad de tratamientos y medicamentos de salud.

4. En el marco del Sistema de Seguridad Social de Salud, la persona competente para determinar qué servicio *requiere* un paciente, es el médico tratante porque: (i) lo hace con base en criterios científicos; y (ii) dado que es el profesional que se encuentra en contacto con el enfermo tiene la mayor

¹⁷ Sentencia T-760 de 2008.

¹⁸ Sentencia T-018 de 2008.

¹⁹ Sentencia T-840 de 2007.

²⁰ Por ejemplo, en la sentencia T-127 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte resolvió tutelar los derechos al debido proceso, a la integridad personal y a la salud de un menor al que se le había suspendido el servicio que se le venía prestando, por lo que ordenó a la entidad (Cooameva EPS) que si aún no lo había hecho, tomara las medidas necesarias para garantizarle a Julián Orlando García Delgado que se le continúe prestando efectivamente los servicios de rehabilitación integral (física, ocupacional y de lenguaje) de forma permanente. La Corte advirtió específicamente que los servicios que se le prestarán “(...) *deberán ser adecuados a su grado actual de desarrollo, para lo cual el menor deberá ser valorado por su médico tratante y los especialistas que sean del caso. Todo cambio relativo a la institución deberá ser justificado de manera especial a la luz del interés superior y prevalente del menor y obedecer a lo ordenado por el médico tratante.*”

²¹ Por ejemplo, en la sentencia T-888 de 2006 (MP Jaime Araujo Rentería) ordenó a una EPS (Salud Total) que garantizara la práctica de unos exámenes ordenados por el médico tratante (Test de Clonidina Basal 30, 60, 90 minutos y un examen de IGFBP-3), por cuanto se les había diagnosticado ‘*talla baja*’, a los dos pequeños hijos de la accionante (de 2 y 4 años). También se tutela el derecho al examen diagnóstico a una menor en la sentencia T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

posibilidad de establecer cuál es el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad del convaleciente²². Por consiguiente, el criterio vinculante para la orden del servicio médico es el del profesional adscrito a la E.P.S, pues esta es la encargada de la prestación de las asistencias en Salud²³.

5. Empero, la jurisprudencia de esta Corporación ha flexibilizado este requisito, por dos vías: (a) estableciendo que es obligatorio acatar la orden de un médico particular, si no es desvirtuada por la E.P.S. con sustento en criterios técnicos o científicos;²⁴ (b) cuando el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidas a priori, de manera concreta por el médico tratante, conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, *“(i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable,”*²⁵ que se ha referido a los sujetos de especial y reforzada protección constitucional vinculados a una patología que determinan la orden concreta del juez de tutela²⁶.

6. En esta lógica, el juez constitucional no es el competente *“para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos”*²⁷. Razón por la cual *“[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.”*²⁸ Por ello, uno de los requisitos jurisprudenciales *“para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.”*²⁹

En síntesis, esta Corporación estableció que la decisión relativa a cuáles son los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, no le corresponde al juez de tutela, pues esta facultad se encuentra en cabeza de los médicos. En este sentido indicó: *“la reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud*

²² Sentencia T-271 de 1995, SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002 y T-760 de 2008.

²³ Sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001, T-476 de 2004 y T-760 de 2008.

²⁴ Sentencias T-500 de 2007, T-083 de 2008, T-762 de 2006 y T-760 de 2008.

²⁵ Sentencia T-531 de 2009 y T-091 de 2011.

²⁶ Sentencia T-091 de 2011.

²⁷ Sentencia T-1214 de 2008.

²⁸ Sentencias T-569 de 2005, T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004, T-412 de 2004 y T-1214 de 2008.

²⁹ Sentencias T-569 de 2005, T-760 de 2008, T-1214 de 2008 y T-931 de 2010.

(criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad)”³⁰.

7. Ahora bien, la Sala destaca que los anteriores criterios son resultado del vínculo jurídico surgido de las obligaciones legales establecidas en los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y 7 y 9 del Decreto 3380 de 1981, conforme a los cuales, un médico tratante solo podrá prescribir un tratamiento y/o medicamento necesario e idóneo para la patología del paciente³¹. De este modo, de incumplir el profesional de la salud dichas disposiciones estará sujeto a las correspondientes responsabilidades, pues “*hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir*”³².

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la Sala procede a realizar el estudio del caso concreto

Análisis del caso concreto

8. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte se discute si Saludcoop E.P.S vulneró los derechos fundamentales de la menor Gloria Gallego Mejía, a la vida, la seguridad social y a la salud, como consecuencia del cambio por parte del endocrinólogo del medicamento inicialmente prescrito por él mismo, para el tratamiento de la enfermedad que padece la niña.

9. Observa la Sala que según las circunstancias fácticas del caso particular, el médico especialista en endocrinología el señor Alin Abreu Lomba, fue el que determinó el cambio de la hormona de crecimiento de somatropina 24 ui por 8 mg a 16 ui por 5 mg, como consta en las prescripciones médicas firmadas por este (Fls. 12 y 28 Cuaderno 2). Igualmente el mismo profesional de la salud diligenció en dos ocasiones el formulario de justificación de medicamento no POS (Fls 13 y 28 Cuaderno 2). En este orden de ideas, fue la persona competente dentro del Sistema de Seguridad Social en salud quien estableció la modificación de la fórmula médica y del servicio que *requiere* la paciente, porque no existía la inicial prescripción en la farmacia de la E.P.S; su nueva orden se produce con base en criterios científicos de no afectar el

³⁰ Sentencia T-1214 de 2008.

³¹ *Ibíd.*

³² Sentencia T-412 de 2004.

procedimiento médico al que se encuentra sujeta la niña. Adicionalmente, el señor Abreu es el profesional que se encuentra en contacto con la menor Gloria Gallego, por lo tanto es el que tiene la mayor posibilidad de establecer cuál es el tratamiento más eficaz e idóneo para la enfermedad de la convaleciente.

Así, la accionada al estar obligada a suministrar la hormona de crecimiento somatropina 16 ui por 5 mg., expidió la autorización correspondiente a través del comité técnico científico para la entrega a la representante legal de la menor de la droga señalada (Fls 25 Cuaderno 2). Igualmente, según lo afirmó la apoderada de la señora María Noemí Mejía, la E.P.S. le ha suministrado hasta el día de hoy el medicamento en comento, conforme a la prescripción médica del endocrinólogo.

Ahora bien, siguiendo las reglas jurisprudenciales planteadas por esta Corte, la tutelante no se encuentra en ninguno de los casos de flexibilización del requisito de la existencia de una orden médica expedida por el galeno tratante, para que el juez constitucional decrete el suministro de un medicamento o servicio en salud, porque en el plenario no obra el concepto de un médico particular que desvirtúe la posición del señor Abreu. Adicionalmente, como consecuencia de la patología que padece la niña no puede el funcionario jurisdiccional de amparo, en virtud del principio de integralidad ordenar una prestación determinada, y en consecuencia modificar la prescripción del endocrinólogo dado a que la complejidad científica de la enfermedad que sufre Gloria Gallego no otorga un criterio razonable que indique la idoneidad de una droga respecto a la otra, pues esta conclusión escapa a la órbita de cualquier jurista, en la medida que para arribar a ésta, se necesita un estudio de un profesional en salud especializado en las enfermedades que afectan las glándulas del cuerpo humano. (supra 5)

En este orden de ideas, con base en los hechos del caso subjuice la Sala concluye que el problema jurídico planteado versa sobre la idoneidad del cambio de la fórmula de la hormona de crecimiento por parte del especialista en salud. Por consiguiente, se cumplen los criterios establecidos por este Tribunal respecto a que la decisión relativa a cuáles son los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, no le corresponde al juez de tutela, sino a los médicos, en especial cuando son especialistas en una materia en salud (supra 7).

En primer lugar, el conocimiento médico-científico del endocrinólogo Alin Abreu Lomba es el que da cuenta de la necesidad del medicamento de hormona de somatropina que requiere la menor y que su modificación de 16 ui por 5 mg no constituye una afectación a la idoneidad del tratamiento para atender la patología que aqueja a Gloria Gallego. En el criterio de responsabilidad, el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico especialista con la paciente, de tal manera que el primero se obliga para con la segunda y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica

por las decisiones que afecten a la menor, como es la modificación de la fórmula que prescribió la hormona de crecimiento.

Luego, dentro del criterio de especialidad, el conocimiento médico-científico del profesional especialista tratante de la menor es el que debe primar en el caso en concreto y no puede ser sustituido por el criterio jurídico del juez constitucional, si bien de las pruebas obrantes en el proceso se desprende la grave situación de la patología que padece la niña, sólo un médico endocrinólogo que conozca la situación de la paciente puede establecer cuál tratamiento es idóneo para su patología. En último término, en el marco de la proporcionalidad, la Sala considera que no se han vulnerado los derechos fundamentales de Gloria Gallego, debido a que según el plenario se le ha prestado el tratamiento para la enfermedad que padece, conforme a las prescripciones de un profesional especializado en salud.

10. Por otra parte, como lo han establecido los precedentes de la Corte referenciados en la parte motiva de esta providencia (supra 2 y 3) el derecho a la salud, es de raigambre constitucional, el cual en el caso de los niños y niñas incluye prestaciones activas por parte del Estado, la sociedad y la familia. De este modo, debe protegerse el derecho fundamental a la salud de manera reforzada de Gloria Gallego Mejía, en virtud del principio de igualdad y atendiendo a su situación de vulnerabilidad se justifican la adopción de medidas de protección especial que tengan por finalidad garantizar a la menor su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En consecuencia, se ordenará a Saludcoop E.P.S que realice una valoración médica a Gloria Gallego, en razón a que debe garantizársele los aspectos básicos del derecho a la salud, como el derecho a que se actualice la orden del médico tratante cuando el desarrollo físico de la paciente puede conllevar a modificaciones en el tratamiento, como en el caso la edad de la representada.

En síntesis, en la presente ocasión la Corte confirmará la decisión de negar el amparo solicitado por la señora María Noemí Mejía, expedida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes de la ciudad de Pereira en virtud a que, la actuación del juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales de la paciente. Así, el juez no puede valorar el tratamiento médico llevado a cabo por el endocrinólogo a la enfermedad que padece la niña, por lo tanto escapa a la órbita del funcionario jurisdiccional establecer la idoneidad del cambio de la fórmula de la hormona de crecimiento de somatropina suministrada a Gloria Gallego para atender la patología que la aqueja. No obstante, con la finalidad de garantizar el derecho a la salud de la paciente, en virtud de la especial protección de esta garantía en los menores, el cual involucra el derecho a que se actualice la orden del médico tratante cuando su desarrollo físico puede conllevar a modificaciones en el tratamiento, se ordenara a la demandada que realice una valoración médica de la niña para determinar: (i) si el medicamento suministrado ha sido eficaz contra la enfermedad que padece; y (ii) definir cuál es el tratamiento necesario e idóneo para el enanismo que sufre la menor.

III. 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: CONFIRMAR la decisión adoptada el día veintiséis (26) de octubre de 2010 por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes de Pereira-Risaralda, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por María Noemí Mejía en calidad de representante legal de la menor Gloria Gallego Mejía contra la Saludcoop E.P.S..

SEGUNDO: ORDENAR a Saludcoop E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, realice una valoración médica a la menor Gloria Gallego Mejía con un equipo de profesionales de la salud, entre ellos su médico tratante, el endocrinólogo Alin Abreu Lompa, con el fin de establecer: (i) si el medicamento suministrado ha sido eficaz contra la enfermedad; y (ii) definir cuál es el tratamiento necesario e idóneo para el “*enanismo, no clasificado en otra parte*” que padece la menor, con su correspondiente prescripción médica.

TERCERO: Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General