

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, agosto diecinueve (19) de de dos mil catorce (2014)

Acta No. 370 de 19 de agosto de 2014

Expediente No. 66001-22-13-000-2014-00229-00

Decide esta Sala en primera instancia la acción de tutela instaurada por el señor Carlos Iván Saraza Giraldo contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, a la que fue vinculada la Dirección Seccional de Sanidad de la Policía Nacional de esta ciudad.

A N T E C E D E N T E S

Relata el accionante que se encuentra vinculado a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional; debido a su diagnóstico de asma predominante alérgica viene siendo tratado por especialistas en neumología, quienes le han explicado que su enfermedad es delicada ya que puede ser incapacitante y puede amenazar su vida; para su tratamiento se le ha recetado el fármaco omalizumab amp. x 150 mg. en cantidad 12, el que le fue suministrado sin ningún inconveniente hasta el mes de diciembre de 2013; el 26 de febrero pasado, el Comité Técnico Científico de la Dirección de Sanidad negó el medicamento con base en que no se cumplía con el acuerdo 052 artículo 8 literal b) ya que se debían agotar alternativas en el vademécum; el 2 de mayo siguiente el neumólogo ordenó de nuevo la misma medicina, pero no se le autorizó; lo mismo hizo el 13 de junio y como no estaba incluida en el POS, solicitó y justificó ante el Comité la necesidad de su entrega en consideración a la severidad de la enfermedad y las crisis frecuentes de bronco espasmo con deterioro funcional del paciente, por lo que, para no afectar su vida e integridad física, no debe suspenderse su entrega. Además, indicó que no existe insumo en el POS que lo reemplace o sustituya.

Sostuvo que a pesar de las reiteradas peticiones, la entidad no ha autorizado la entrega del medicamento, al que no puede acceder de manera particular ya que no cuenta con los recursos económicos necesarios para ello.

Considera lesionados sus derechos a la salud, la seguridad social y la dignidad y para protegerlos, solicita se ordene a la entidad demandada suministrarle el fármaco omalizumab ampollas, así como brindarle un tratamiento integral respecto de su diagnóstico de asma predominante alérgica.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto de 8 de agosto de este año se admitió la acción, se dispuso vincular a la Dirección Seccional de Sanidad de la Policía de esta ciudad, se decretaron pruebas y se ordenaron las notificaciones de rigor.

El Jefe de la Dirección de Sanidad Seccional Risaralda, al ejercer su derecho de defensa, expresó en breve síntesis que el medicamento solicitado por el actor no se encuentra incluido en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial; por tanto, se debe obtener un concepto que determine la viabilidad de la entrega, emitido por el Comité Técnico Científico que en este caso decidió negarla con fundamento en que se deben agotar otras alternativas del vademécum. Indicó además que ha prestado satisfactoriamente los servicios médicos requeridos por el actor y concluyó que ha actuado conforme a la normativa que regula el sistema general de salud de las F.F.M.M., en especial de los Acuerdos No. 002 de 2002 y No. 042 de 2005, expedidos por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares que señala los términos y condiciones para la prestación del servicio de salud. Solicitó se negara por improcedente el amparo.

La Dirección Nacional de Sanidad guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. El objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todas las personas por el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando quiera que sean amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos que reglamenta el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.
2. Considera el demandante lesionados su derecho a la salud, la seguridad social y la dignidad, ante la negativa de la entidad demandada en suministrarle el fármaco omalizumab ampollas por 150 mg., prescrito por médico especialista para tratar su padecimiento de asma predominante alérgica, por no hacer parte del plan de beneficios que ofrece la entidad.
3. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que desde hace algún tiempo modificó su criterio anterior, la salud es un derecho de carácter fundamental y autónomo y para que proceda su amparo por vía de tutela no necesariamente debe estar en conexidad con otro que participe de la misma naturaleza. Al respecto ha enseñado esa Corporación:

“Por regla general esta corporación ha precisado que la exigibilidad del derecho a la salud se encuentra sometida a la conexión que este pueda tener con algún derecho fundamental. No obstante, la evolución de la jurisprudencia constitucional, en paralelo al carácter

progresivo del derecho a la salud y la madurez de los principios e instituciones adscritos a la seguridad social, han permitido que la Corte haya avanzado de la tesis de conexidad a la fundamentalidad autónoma del derecho a la salud. En efecto, teniendo en cuenta tal desarrollo y atendiendo el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) y la Observación General 14 del Comité adscrito a dicho Pacto, en donde se catalogó tal categoría de derechos, como "derechos humanos fundamentales", esta corporación, a mediados del año 2005 en las sentencias T-573 de 2005 y T-307 de 2006 principalmente, extendió la fundamentalidad autónoma de la salud, bajo los siguientes términos: "(...) se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales..."¹

4.- El accionante se encuentra afiliado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares² que regula el Decreto 1795 de 2000, en cuyo artículo 27 dispone:

"Todos los afiliados y beneficiarios al SSMP, tendrán derecho a un Plan de Servicios de Sanidad en los términos y condiciones que establezca el CSSMP. Además cubrirá la atención integral para los afiliados y beneficiarios del SSMP en la enfermedad general y maternidad, en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación. Igualmente tendrán derecho a que el SSMP les suministre dentro del país asistencia médica, quirúrgica, odontológica, hospitalaria, farmacéutica y demás servicios asistenciales en Hospitales, Establecimientos de Sanidad Militar y Policial y de ser necesario en otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud."

El plan de servicios de sanidad militar y policial se encuentra consagrado en el Acuerdo 002 del 27 de abril de 2001 expedido por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que en el artículo 2º reza:

"ALCANCE. El Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial permitirá la atención integral a los afiliados y beneficiarios del SSMP, en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación, en enfermedad general y maternidad, y para los afiliados activos, en accidentes y enfermedades relacionadas con actividades profesionales.

"PARÁGRAFO. Entiéndase como atención integral las actividades asistenciales médicas, quirúrgicas, odontológicas, hospitalarias y farmacéuticas, contenidas en el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial, que

¹Sentencia T-760 de 2007

² Ver carné de afiliación a folio 15, c.1.

se suministra dentro del país.”

El Acuerdo 052 de 2013, por medio del cual se establece el Manual Único de Medicamentos y Terapéutica para el SSMP en el listado del anexo No. 1, no incluye el medicamento omalizumab ampollas por 150 mg. que por esta vía reclama el demandante.

5.- No obstante, en su jurisprudencia la Corte Constitucional ha trazado las reglas para que el juez de tutela inaplique las normas que regulan los planes de salud obligatorios cuando se recomienda algún servicio por fuera de él. Al respecto indicó:

“Según la jurisprudencia constitucional, las entidades promotoras de salud (E.P.S.) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados estaciones no contempladas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos o en el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud cuando: a) la falta de medicamentos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; b) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; c) el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido d) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.

“Estos criterios, inicialmente definidos respecto de prestaciones no señaladas en el Plan Obligatorio de Salud, han sido aplicados de manera análoga para otros planes de salud, y por tal razón considera esta Sala de Revisión que pueden aplicarse respecto de prestaciones excluidas del Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial.”³ (rayas ajenas al texto original)

Tales requisitos se satisfacen en el caso concreto.

En efecto, está probado en el proceso que desde el año 2012 se le viene recomendando al actor la medicina omalizumab⁴; la última orden la libró el médico especialista adscrito a la entidad demandada el 13 de junio pasado⁵; también, que el médico tratante ha solicitado su aprobación al Comité Técnico Científico y ha explicado que tal medicamento no puede ser reemplazado por otros de los que se hallan en el manual único de medicamentos con los cuales se ha probado, pero no ha obtenido mejoría y además señaló que el paciente sufre de crisis frecuentes de bronco espasmos con deterioro funcional, debido a la severidad de su patología y por eso requiere del medicamento no POS⁶. Esa aprobación no se ha producido de acuerdo con la información contenida en documentos de fechas 26 de febrero, 2 de mayo y 2 de julio de este año⁷.

³ T-469 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ Folios 1 a 3

⁵ Folios 9 del cuaderno principal.

⁶ Folio 10 del cuaderno principal.

⁷ Folios 11 a 13 del cuaderno principal

Surge de tales pruebas que el fármaco requerido por el actor fue prescrito por profesional adscrito a la entidad demandada; que de no suministrarse se pone en riesgo su salud y su vida y que el mismo no puede ser sustituido por otro que se encuentre en el Acuerdo No. 042 de 2005.

La falta de capacidad económica del actor para sufragar el valor de la medicina se considera acreditada con la declaración que rindió ante esta Sala⁸, en la cual manifestó que como pensionado de la Policía Nacional recibe \$1.476.936 mensuales⁹, con lo cual atiende sus obligaciones que incluyen dos hijos menores de edad que viven con él; otros dos que viven con su progenitora en la ciudad de Bogotá y ocasionalmente le ayuda a su mamá, por lo que sus ingresos son insuficientes para adquirir de forma particular el medicamento recetado, cuyo costo es de \$1.000.000 o \$1.500.000 y debe traerse de Alemania, según le han informado en Sanidad de la Policía. La carencia de recursos para asumir el costo de esa droga no fue desvirtuada.

En consecuencia, observa la Sala que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, al omitir la entrega del fármaco recetado a su afiliado, lesiona su derecho a la salud, pues si bien el medicamento no se encuentra dentro del plan obligatorio que rige a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, existe criterio jurisprudencial que permite inaplicar ese plan, en aras de garantizar aquel derecho fundamental.

Y no pueden acogerse los argumentos de la accionada que encuentra justificada su conducta en la negativa que se obtuvo por parte del Comité Técnico Científico para autorizar la tantas veces mencionada medicina, pues de existir controversia entre ese Comité y la orden del médico tratante, debe prevalecer la orden de este, excepto cuando aquella se fundamente en la historia clínica del paciente y se sustente científicamente en expertos de la respectiva especialidad, para quienes el servicio recomendado no sea el procedente. Así lo ha explicado la Corte Constitucional:

“En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona *requiere* un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.¹⁰

⁸ Folio 1 y 2 del cuaderno de pruebas.

⁹ Lo cual acreditó con su comprobante de nómina que obra a folio 5 del cuaderno de pruebas.

¹⁰ Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Puede consultarse al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-414 de 2001 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-786 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-410 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa) y T-873 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo)

“3.2. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.¹¹

“En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.

“En este orden de ideas, siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico.¹² ...

“3.3. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante,¹³ pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico.¹⁴

¹¹ Ver al respecto la sentencia T-616 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, donde la Corte señaló lo siguiente: “[E]l criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona. El dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden, así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo.” Esta posición, ha sido fijada entre otros, en los fallos, T- 271/95 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU-480/1997 (MP: Alejandro Martínez Caballero), SU-819 /1999 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-378/2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-749/2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-344/2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-007/2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1080/2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-760/2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-674/2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

¹² T-569 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias T-059 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-179 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-1325 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T- 256 de 2002 (MP Jaime Araújo Rentería), T-398 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-412 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-234 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

¹³ Sentencia T-234 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-1080/07 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

¹⁴ n la sentencia T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se consideró que “(...) la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces (...)”. Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y en la Sentencia T- 1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis).

“Por supuesto, hay casos en los que, con mayor evidencia técnica y científica puede controvertirse la posición del médico tratante. Esto fue recogido por la sentencia T-344 de 2002 al establecer que para que el dictamen del médico pueda ser legítimamente controvertido *“la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante”*¹⁵.

“Así las cosas, existen casos en los que se pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes y ello es constitucionalmente legítimo en tanto la decisión contraria a lo prescrito por el médico tratante (i) se fundamente en la mejor información técnica o científica (ii) en la historia clínica del paciente, y las particularidades relevantes del caso concreto, estipulando claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado y (iii) especialmente cuando está en riesgo la vida y la integridad personal del paciente...”¹⁶

En el asunto bajo estudio no demostró la entidad demandada que la negativa en suministrar al actor la medicina recomendada por el especialista que lo trata se sustente en criterios como los que menciona la providencia que se acaba de transcribir. En el último concepto emitido por el Comité Técnico Científico, solo se menciona: **“NO CUMPLE CON EL ACUERDO 052 2013, ARTÍCULO 8, LITERAL B, UTILIZAR ALTERNATIVAS DEL VADEMÉCUM”**¹⁷ y lo suscribe el Coordinador de Referencia y Contrarreferencia de Sanidad, sin que esas meras circunstancias justifiquen dar prelación a ese concepto antes que al del médico tratante.

6.- En esas condiciones, el amparo será concedido y se ordenará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que en el término de

¹⁵ En la sentencia T-344 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Sala Tercera de Revisión señaló que *“(...) es posible que una EPS niegue una orden del médico tratante. Pero no puede hacerlo basándose en un criterio de orden administrativo o presupuestal. La EPS debe disponer de fundamentos científicos suficientes para adoptar una decisión en contra de lo ordenado por el médico tratante. Para ello, la opinión de cualquier otro médico no es suficiente. La base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante.”* Esta posición ha sido reiterada entre otras, en las sentencias T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-873 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo) y T-476 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa). Nuevamente en sentencia T-344 de 2002, la Corte refuerza el fundamento de la anterior subregla afirmando que: *“Por ejemplo, un procedimiento como el adoptado por la Sala en el presente caso permitió contar con la opinión de dos médicos especializados en el área en que requiere atención la persona que demandó el servicio de salud, a los cuales se les puso en conocimiento de la historia clínica del paciente, con lo cual se garantizó que el concepto que se emitió sobre el caso fue confiable y fundado en un estudio científico. El hecho de haber consultado la opinión de dos médicos, aseguró que no se tratara de la mera discrepancia entre él médico tratante y otro doctor.”* (Énfasis fuera del texto).

¹⁶ Sentencia T-345 de 2013, MP. Dra. María Victoria Calle Correa

¹⁷ Folios 11 y 13 del cuaderno principal.

cuarenta y ocho horas proceda a entregar al demandante el medicamento omalizumab x 150 mg, en la cantidad prescrita por el médico tratante y que lo continúe haciendo, en el mismo plazo, desde cuando ese mismo profesional expida la respectiva fórmula.

7.- También solicita el peticionario se le autorice un tratamiento integral.

Esta Sala, ha sostenido de manera reiterada que las órdenes de carácter genérico no proceden en materia de tutela, en virtud de que el artículo 86 de la Constitución Política la concibió como mecanismo excepcional de protección y con la finalidad exclusiva de otorgar amparo directo, efectivo e inmediato a los derechos fundamentales de las personas frente a vulneraciones concretas de que puedan ser objeto.

En esas condiciones, como no se puede partir de la presunción de que la Dirección de Sanidad se abstendrá de brindar la atención que requiere el paciente y al desconocer qué tratamiento será el que llegue a necesitar, sin existir orden del médico tratante, ha adoptado una posición intermedia que garantiza la protección de los derechos reclamados, sin lesionar aquellos de que es titular la entidad encargada de prestar los servicios de salud y así ha dispuesto que ese tratamiento integral se garantice respecto de la enfermedad por la que se prodigó el amparo constitucional, siguiendo además la jurisprudencia constitucional que también lo ha ordenado para obtener la continuidad en el servicio y como mecanismo que busca restablecer la salud de la persona que resultó afectada en tal derecho¹⁸.

Así las cosas, se dispondrá brindar al accionante la atención integral que requiera, para tratar su patología actual de "asma predominante alérgica".

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO-. Conceder la tutela solicitada por el señor Carlos Iván Saraza Giraldo contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, a la cual se ordenó vincular a la Dirección Seccional de Sanidad de esta ciudad.

SEGUNDO-. Ordenar a los directores de las entidades accionadas que, en el término de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación que se le haga de esta providencia, en el marco de sus competencias, procedan a entregar al demandante el medicamento

¹⁸ Ver por ejemplo sentencia T-39 de 2013. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

omalizumab ampollas x 150 mg. en la cantidad prescrita por el médico tratante y que lo continúen haciendo, en el mismo plazo, desde cuando ese mismo profesional expida la respectiva fórmula; además, le brinden un tratamiento integral, de acuerdo con la patología de "asma predominante alérgica".

TERCERO.- De no ser impugnado este fallo, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Notifíquese lo aquí decidido a las partes al tenor del artículo 30 ibídem.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO