

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 189

Santiago de Cali, veintisiete (27) de Noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Acción: Tutela
Radicación: 76-001-33 33-005-2018-00217-00
Actor: Abygail López López quien actúa a través de agente oficiosa
Diana Milena López Herrera.
Accionado: Nueva EPS S.A.
Juez: Carlos Enrique Palacios Álvarez

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sede de jurisdicción constitucional, decide la acción de tutela instaurada por la señora DIANA MILENA LOPEZ HERRERA como agente oficioso de la menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ, en contra de la NUEVA E.P.S., según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política.

La solicitud de amparo se basó en los siguientes:

HECHOS

- 1- La menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ se encuentra afiliada a la NUEVA EPS S.A. en el régimen subsidiado, desde su nacimiento el día 11 de Noviembre de 2017.
- 2- Manifiesta la agente oficiosa, que la menor desde su nacimiento padece una compleja enfermedad llamada HISTIOCITOSIS DE CELULAS DE LANGERHANS, el cual según el Instituto Nacional de Cáncer de los Estados Unidos, *“es un tipo de cáncer que daña el tejido o produce lesiones en uno o más lugares del cuerpo (...) es un cáncer poco común que comienza en las células de HCL, estas células son un tipo de célula dendrítica que combate las infecciones, a veces se producen*

mutaciones (cambios) en las células de HCL durante su formación, estas incluyen mutaciones en los genes BRAF, MAP2K1, RAS y ARAF. Estos cambios pueden hacer que se formen células de HCL y se multipliquen con rapidez, así las células de HCL se acumulan en ciertas partes del cuerpo, donde pueden dañar el tejido y causar lesiones”

- 3- Indica la madre de la menor que la enfermedad ha sido catalogada en la Resolución 2048 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social como una enfermedad huérfana, lo que hace que exista un deber especial de protección por parte del Estado hacia la menor.
- 4- Debido a la enfermedad que padece, la menor ha sido tratada en la Fundación Valle de Lili por la Dra. Pamela Rodríguez, especialista en hemato-Oncología Pediátrica, con quien se tiene controles regulares.
- 5- La menor fue hospitalizada desde el 7 de Noviembre del presente año en la Fundación Valle de Lili y el 13 de Noviembre la Dra. Rodríguez le indica a la señora Diana Milena que la situación de la menor es grave, porque la enfermedad se encuentra en una fuerte recaída, por tal motivo, determinó que la única oportunidad de mejoría de la menor, es la aplicación del medicamento CLADRIBINE, sin embargo la profesional le explica que el medicamento no es aprobado por la NUEVA EPS toda vez que al tratarse de una enfermedad poco común, dicho medicamento no cuenta con Registro Sanitario INVIMA.
- 6- Por lo anterior, solicitó como medida provisional, se ordenará a la NUEVA EPS que autorizara y entregara el medicamento CLADRIBINE.

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

Solicita la tutela del derecho fundamental a la salud, a la vida digna, al acceso al servicio de salud y a la seguridad de la accionante, que en su sentir están siendo conculcados, al negársele el suministro del medicamento y atención en salud ordenada por el médico tratante.

PRETENSIONES

Solicita la protección de los derechos fundamentales antes mencionados, y en consecuencia, se ordene a la entidad accionada que le suministre de manera urgente el medicamento CLADRIBINE de conformidad con lo ordenado por el médico tratante, así como todos los medicamentos que sean necesarios para tratar las condiciones actuales de salud de la menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ, tengan o no Registro Sanitario INVIMA para su patología; además de atención integral en salud que se requiera (servicios médicos requeridos, exámenes diagnósticos, citas médicas, medicamentos POS y NO POS, terapias y demás procesos necesarios para la salud de la menor) sin ningún tipo de dilaciones.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: La menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ, identificada con el NUIP No. 1.109.197.070 de Cali, quien actúa a través de la agente oficiosa señora DIANA MILENA LOPEZ HERRERA; con dirección para notificaciones en la Carrera 49C No. 43-47 Barrio Mariano Ramos de Cali.

Entidad accionada: NUEVA EPS S.A.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto interlocutorio No. 746 del 14 de noviembre de 2018, se avoco el conocimiento, se vinculó a la Secretaria de Salud Departamental y se decretó medida provisional de protección en favor de la accionante, consistente en que NUEVA EPS, le suministre en forma inmediata el medicamento CLADRIBINE, tal como lo ordenó el médico especialista tratante.

Así mismo, se dispuso notificar a la entidad accionada, concediéndole un término de dos (2) días para contestar la presente acción.

El auto anterior se notificó mediante oficio, tal como se corrobora a folio 34 del expediente.

CONTESTACIÓN

La NUEVA EPS S.A., no dio respuesta a la presente acción.

La SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL por su parte indicó que la afectada se encuentra activa dentro del régimen subsidiado en la EAPB NUEVA EPS, como empresa administradora de servicios en salud, esta deberá garantizar en forma integral y oportuna, los servicios, suministros, medicamentos, a través de las IPS públicas o privadas con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud, a la afectada ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ, se encuentren o no descritos dentro del plan de beneficios en salud de conformidad con lo indicado por su médico tratante

Solicita que al momento de su pronunciamiento, se tenga en cuenta que la función del Juez Constitucional en este caso en concreto es única y exclusivamente velar por la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos al oportuno acceso a los servicios de salud y no de efectuar pronunciamiento alguno frente a recobros pues estos tienen origen y fundamento en la Ley y no en la sentencia.

Por lo anterior, solicita se desvincule al Departamento del Valle del Cauca-Secretaria Departamental de Salud, al no existir de parte de ente territorial violación alguna frente a los derechos a tutelar a favor del accionante.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

Competencia

Este despacho judicial es competente para conocer de la presente acción de Tutela, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con el artículo 1° numeral 1° inciso 3° del Decreto 1382 de 2000.

Acción de tutela – Marco general

La tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de los actos u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Este mecanismo fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, según el cual toda persona por sí misma o por quien

actúe a su nombre, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley, y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *“en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”*.

Según el texto constitucional, para que el amparo proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable¹.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria², y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela:

Ahora bien, los presupuestos para que proceda la acción de tutela son tres:

1) Que se esté ante la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en este evento en los casos señalados en la Ley.

2) Es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y,

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

3) Que en caso que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

Problema Jurídico

De acuerdo a lo expuesto, corresponde a este despacho judicial, determinar si la entidad accionada está vulnerando o amenazando el derecho fundamental a la salud y la vida digna de la accionante, al negársele el suministro del medicamento "CLADRIBINE" ordenado por el médico tratante el 13 de noviembre de 2018, para el tratamiento de la enfermedad HISTIOCIDIOSIS DE CELULAS DE LANGERHANS que padece la menor³.

A efectos de resolver el problema jurídico atrás planteado, entrará el despacho a (i) analizar la salud como derecho fundamental (ii) plasmar conceptos jurisprudenciales sobre el derecho fundamental a la vida; (iii) los presupuestos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional para la inaplicación de normas que reglamentan el Plan Obligatorio de Salud; y por último, (iv) se analizará el caso concreto.

Derecho a la salud como derecho fundamental

En sentencia de constitucionalidad, la Corte analizó el carácter de derecho fundamental de la salud, en los siguientes términos:

"Aunque de manera reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo ⁽⁴⁾ y por conexidad ⁽⁵⁾, de forma progresiva la jurisprudencia constitucional ha reconocido su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo ⁽⁶⁾. Al respecto, en la sentencia T-573 de 2005⁽⁷⁾ la Corporación indicó:

"Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta

³ Órdenes del médico tratante visibles a folios 23 y 24.

⁴ En el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998.

⁵ Cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005 y T-372 de 2005.

⁶ Para el efecto, se pueden consultar las sentencias T-016 de 2007 y T-1041 de 2006.

⁷ MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

el punto en que hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental. (...) Así las cosas, 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. (...)."

De esta manera y en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en varias ocasiones ⁽⁸⁾, ésta Corte se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación igualitaria, universal, continúa, permanente y sin interrupciones, de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud.

Ahora bien, esta Corporación también ha insistido en que el sistema de seguridad social en salud se encuentra intrínsecamente vinculado a la satisfacción, protección y garantía de las necesidades básicas de la población y de contera a la efectividad de los derechos fundamentales, lo cual constituye una razón más para que por conexidad se entienda como un derecho fundamental de aplicación y protección inmediata. **Cabe recordar aquí que por mandato expreso del artículo 44 Superior, el derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos de especial protección constitucional es fundamental y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status. (Negrilla fuera de texto).⁹**"

De conformidad con el anterior aparte jurisprudencial, es claro que el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental *per se*, por estar íntimamente ligado a la satisfacción de otros derechos como la vida; de igual forma, en dicha providencia, se dejó claro que existe una protección reforzada de aquellas personas que dadas sus especiales condiciones de debilidad, merecen una especial protección, como son los niños, las personas de la tercera edad, los discapacitados, etc.; razón por la cual, el mentado derecho de manera autónoma adquiere la categoría de fundamental.

Al mismo tiempo, el máximo Tribunal Constitucional, definió el concepto de vida en los siguientes términos:

"a. El concepto de vida no se reduce exclusivamente a los eventos en que la persona está en peligro de muerte. Sobre el particular, en la Sentencia T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El concepto de vida al que en reiteradas ocasiones ha hecho alusión esta Corporación, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar

⁸ Sentencias T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras.

⁹ C-463 de 2008, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentaría.

también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende entonces, es respetar la situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable"¹⁰, en la medida en que sea posible. (...) (Subrayas fuera de texto).

Por consiguiente un concepto restrictivo de la protección a la vida, que desconociera las anteriores precisiones, llevaría automáticamente al absurdo de la negación del derecho a la recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud y vida.

Esta Corporación ha manifestado en otras ocasiones, que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico". (Sentencia T-1239 de 2001, M.P. Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO). (Subrayas y Negritas del Despacho).

Se extrae de la jurisprudencia en cita, que la protección iusfundamental del derecho a la vida no se limita a la protección de la existencia misma, sino que entraña una condición más amplia, amparando a las personas para que desarrollen sus funciones vitales en condiciones de dignidad.

Por otra parte, respecto a los **presupuestos para la protección de las personas a las que se les niega servicios de salud y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud**; la Corte Constitucional, ha expresado la obligación de las EPS o EPS-S, de proporcionar a los pacientes los medicamentos o tratamientos que el médico tratante formule, aun cuando los mismos no se encuentren en el listado oficial.

Además, ha reiterado los presupuestos para la protección de las personas a las que se les niega dicha atención en salud, sobre el tema, ha discurrido bajo el siguiente temperamento:

"En relación con cualquier clase de enfermedad que ponga en peligro el núcleo esencial del derecho a la vida o la vida en condiciones dignas, la Corte reiteradamente ha sostenido que las EPS o EPS-S se encuentran en la obligación de proporcionar a los pacientes, en forma inmediata, el medicamento o tratamiento que el médico tratante formule, aun cuando el mismo no se encuentre dentro del listado oficial. Para que proceda la protección en cabeza de las EPS-S debe tenerse en cuenta el cumplimiento de los siguientes requisitos¹¹:

- i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a la EPS o a la EPS-S a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos;*
- ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o en el POS-S o que, pudiendo sustituirse, el sustituto*

¹⁰ Sentencia T-494 de 1993.

¹¹ Sobre este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias. T-271/95, T-666/97

no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida del paciente;

iii) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o a la EPS-S a la cual se halle afiliado el demandante,

iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

De acuerdo al cumplimiento de los presupuestos enunciados, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, ha inaplicado aquellas disposiciones que, o bien restringen la entrega de medicamentos, o bien impiden la aplicación de ciertos tratamientos médico-quirúrgicos¹². (Se resalta).

Reiteración de jurisprudencia, sobre la procedencia de la acción de tutela para reclamar protección especial de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de discapacidad o enfermedad.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-196/18¹³, señaló:

"Como ya se dijo, el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política[86], en el cual se establecen como derechos fundamentales de los niños "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social", precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos".

En lo que corresponde específicamente a las personas en situación de discapacidad o enfermedad, el artículo 13 Superior le ordena al Estado la protección especial de aquellas personas que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta[87]. Por su parte, el artículo 47 del mismo Texto Constitucional le impone al Estado el deber de adelantar "una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran".

A partir de la lectura de los referidos mandatos constitucionales, este Tribunal ha considerado que el propósito del constituyente en esta materia estuvo orientado a implementar y fortalecer la recuperación y la protección especial de quienes padecen de algún tipo de patología que produce una disminución física, sensorial o psíquica, incentivando así, el ejercicio real y efectivo de la igualdad[88].

4.1. Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño[89] reitera expresamente el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su salud. De esta manera, prevé que "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"[90]. Del mismo modo, el artículo 3.1 de dicha Convención se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en "todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-866 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Referencia: Expedientes: T- 6416011, T-6472202 y T- 6486644, Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER, veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica.

Esta disposición normativa reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en los siguientes términos:

“Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes [...] y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. **Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.** Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”. (Negrilla fuera del texto original).

A propósito de lo último, esta Corporación^[91] ha precisado que el derecho a la salud implica, no solo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente, y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud deben “procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados.”^[92]

4.2. Ahora bien, tratándose de la prestación del servicio de salud requerido por menores de edad o personas en situación de discapacidad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de manera dúctil, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este tipo de sujetos^[93].

Esta Corporación ha sostenido que cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: “En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”^[94]. (Subrayado fuera del texto original)

4.3. En atención a lo expuesto, la acción de tutela resulta procedente cuando se trate de solicitudes de amparo relacionadas o que involucren los derechos de los niños, niñas o adolescentes, más aún si estos padecen alguna enfermedad o afección grave que les genere algún tipo de discapacidad. Lo anterior, por cuanto se evidencia la palmaria debilidad en que se encuentran dichos sujetos y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita del acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares”

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, descendemos al estudio del caso en concreto, donde se observa que de conformidad con el acervo probatorio del proceso, la accionante menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ , desde su nacimiento

(Noviembre 11 de 2017) fue diagnosticada con HISTIOCIDITIS DE CELULAS DE LANGERHANS¹⁴, enfermedad que se define medicamente así¹⁵: *“La histiocitosis de células de Langerhans (HCL) es un cáncer poco común que comienza en las células de HCL. Las células de HCL son un tipo de célula dendrítica que combate las infecciones. A veces, se producen mutaciones (cambios) en las células de HCL durante su formación. Estas incluyen mutaciones en los genes BRAF, MAP2K1, RAS y ARAF. Estos cambios pueden hacer que se formen células de HCL y se multipliquen con rapidez. Así, las células de HCL se acumulan en ciertas partes del cuerpo, donde pueden dañar el tejido y causar lesiones”*; que el 7 de noviembre de 2018, la actora fue hospitalizada en la Fundación Valle de Lili; sin embargo, por la gravedad de su enfermedad, la especialista en Oncohematología Pediátrica Dra. Pamela Rodríguez determinó que la única oportunidad que tiene la menor de mejoría es la aplicación del medicamento *CLADRIBINE*; no obstante, por tratarse de una enfermedad poco común, este medicamento no cuenta con Registro INVIMA para la utilización en estos casos, la NUEVA EPS S.A. negó el suministro del medicamento por no estar dentro del POS¹⁶

De acuerdo con lo anterior, la agente oficiosa demanda la tutela de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su hija, por cuanto carece de recursos económicos para asumir lo que la EPS está negando.

Teniendo en cuenta que la NUEVA EPS S.A., no contesto la tutela, el Despacho no tiene conocimiento si a la fecha se dio o no cumplimiento a la medida provisional decretada¹⁷

De cara a lo anterior, para resolver el problema jurídico planteado, entrará el Despacho a determinar si en el presente caso se verifican los presupuestos fijados por la Corte Constitucional en la jurisprudencia citada en antecedencia, para la inaplicación de la normatividad que introduce limitaciones y exclusiones al Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, esto es:

¹⁴ Folios 23 a 24 del expediente.

¹⁵ <https://www.cancer.gov/espanol/tipos/langerhans/paciente/tratamiento-langerhans-pdq>

¹⁶ Folios 96 y 97 del expediente

¹⁷ Mediante auto No. 756 de noviembre 14 de 2018 se ordenó: *“DECRETAR la medida provisional de protección en favor de la menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ, identificada con el RC 1109197070, en virtud de lo cual se ordena a la NUEVA EPS, que en forma inmediata asuma la atención en salud que requiere la afectada y, por consiguiente, emita las autorizaciones correspondientes y realice los demás trámites administrativos que sean necesarios, con miras a que, lo antes posible, se haga efectivo el suministro del medicamento CLADRIBINE tal como lo ordenó la oncohematóloga pediatra tratante Dra. Pamela Andrea Rodríguez Riveros de la Fundación Clínica Valle de Lili”*

1.- Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado;

2.- Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS contributivo o subsidiado, o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida del paciente;

3.- Que el medicamento, procedimiento o suministro haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se halle afiliado el paciente, y

4.- Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

Frente al primer presupuesto, considera el Despacho que se cumple, en tanto que es claro que el no suministro del medicamento ordenado por la profesional de la salud, *CLADRIBINE ampolla*, pone en riesgo la salud y la vida en condiciones dignas de la menor, pues la misma especialista en Oncohematología Pediátrica especifico que tras 11 semanas de quimioterapia de primera línea, el tratamiento no funciona.

Al respecto la médica tratante indicó:

“...Histiocitosis de células de Langerhans en recaída”

“...HCL sin respuesta tras 11 semanas de quimioterapia de primera línea con vinblastina + prednisolona...”¹⁸

“...Es el medicamento de elección en segunda línea de tratamiento de HCL en combinación con citarabina a altas dosis”¹⁹

¹⁸ Folio 23 del expediente.

¹⁹ Folio 23 del expediente.

De lo señalado por la profesional en salud se concluye que la actora se encuentra muy grave de salud, al punto de pensar que si no se proporciona el medicamento ordenado o no se da la atención requerida, podría causarle la muerte o complicar aún más su patología, sumado a que su enfermedad, HISTIOCITOSIS DE CELULAS DE LANGERHANS, es un cáncer poco común que pueden dañar el tejido y causar lesiones en su cuerpo y máxime que se trata de una paciente de 1 año de vida.

Igualmente, debe tenerse que por la enfermedad que padece la actora, la cual compromete varios sistemas y órganos de su cuerpo; además por tratarse de una menor de edad y su crítico estado de salud, la accionante se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 C.P), por lo que se considera como sujeto de especial protección constitucional, de suerte que tiene derecho a recibir un tratamiento especial de parte del Estado, la sociedad y su familia.

En un caso de ribetes similares al que hoy nos convoca, la Corte Constitucional concluyó lo siguiente²⁰:

"8.1. En el primer caso objeto de revisión, a la señora Blanca Alicia Carvajal Díaz le fue formulado, a través de sus médicos tratantes, adscritos a Salud Total EPS, el medicamento micofenolato mofetil x 500 mgr., por cuanto padece de "lupus eritomatoso sistémico con compromiso de órganos y sistemas", pero no fue autorizado por el Comité Técnico Científico al no estar incluido en el POS y carecer de registro INVIMA para dicha enfermedad.

8.2. Los jueces de instancia negaron el amparo de los derechos a la salud, la vida y la dignidad humana, que reclamaba la actora, considerando que no es factible la entrega de la medicina recetada, no apareciendo demostrado que su suministro no genera riesgos para la salud de la propia demandante.

*8.3. **Ante todo, debe tomarse en consideración la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra la accionante por la enfermedad que padece y el severo perjuicio que le acarrea no consumir el medicamento, lo que ostensiblemente redundo en la procedencia de esta acción.**"²¹.*

(...)

*Como se mencionó en precedencia, **la Corte Constitucional ha definido bajo qué parámetros se puede autorizar el suministro de medicamentos que no estén incluidos en el POS y carezcan del registro específico en INVIMA**, indicando que: i) la exclusión ha de amenazar verdaderamente los derechos constitucionales fundamentales del afiliado al sistema, (ii) el medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro con la misma efectividad, que sí esté relacionado en el POS, (iii) el paciente no pueda sufragar su costo, y (iv) que, por lo general, haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS. (Se resalta)*

²⁰ Sentencia T-061 de 03 de febrero de 2014, MP. Nilson Pinilla.

²¹ Sentencia T-575/2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Ciertamente, para este Despacho es claro que en el sub judice existe una relación directa entre las patologías que sufre la paciente (HISTIOCIDITIS DE CÉLULAS DE LANGERHANS), su condición de situación manifiesta y la orden de la médico tratante, tanto para aplicarle el medicamento *CLADRIBINE* solución inyectable, como la necesidad de que a paciente reciba un tratamiento integral para el manejo de su enfermedad.

No debe perderse de vista que la alta corporación ha enfatizado frente al derecho fundamental a la vida:

“que éste derecho no se refiere exclusivamente a la “vida biológica”, sino que se trata de un concepto mucho más amplio, que abarca también las condiciones de vida de las personas de manera que pueda ser vivida dignamente y, en ese orden de ideas, se puedan desarrollar las facultades inherentes a todo ser humano. (T-926 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz) ²².

Acordes con lo anteriormente plasmado, lógico es concluir que el no suministro de dicho medicamento que ordenó el galeno y demás atención en salud excluida del POS, vulnera los derechos fundamentales de la menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ , en la medida que no solo le impide mejorar la patología diagnosticada, sino también su calidad de vida.

Continuando el Despacho con la verificación de los demás requisitos jurisprudenciales, para la inaplicación de normas del POS que excluyen ciertos medicamentos como el que en este caso atañe, es menester mencionar que dentro de este trámite no se encuentra demostrado, ni siquiera se menciona, que el Plan Obligatorio de Salud contenga alguna alternativa que proporcione iguales o mejores efectos que el medicamento *CLADRIBINE* para tratar la patología de la menor.

Otro aspecto a considerar en el análisis que nos ocupa, es que la agente oficiosa, afirma que la actora carece de recursos económicos para asumir la atención en salud antes mencionada²³. Tal aseveración, no fue desvirtuada por la entidad accionada, quien tenía la carga de la prueba para ello, en razón de la inversión de la carga de la prueba surgida.

En suma, al verificarse los requisitos jurisprudenciales para ordenar vía tutela el suministro de medicamentos e insumos no cubiertos por el POS, se tutelarán los

²² Sentencia T-1387/2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²³ Certificado donde consta que la accionante se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado Folio 9

derechos fundamentales invocados y como consecuencia de ello, ordenar a LA NUEVA EPS-S que dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, brinde atención integral en salud a la menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ , para las patologías que la aquejan, en lo que debe incluirse el medicamento *CLADRIBINE (ampollas 1M/10ML)* o el que el médico tratante establezca; además de todo lo necesario para el diagnóstico y tratamiento de dichas enfermedades. Todo ello, en la forma, cantidad, frecuencia y lugar que el médico tratante indique, sin importar su no inclusión dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud -POS. Asimismo, la atención deberá brindarse en forma oportuna, de tal suerte que se garantice el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, que en el presente caso está siendo desconocido.

Respecto a los recobros, la NUEVA EPS-S puede recobrar los sobrecostos en que incurra cumpliendo este fallo de tutela, sin necesidad de orden expresa en la parte resolutive del mismo, pues, para ello, es suficiente con que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumir dicha atención.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- TUTÉLASE los derechos fundamentales de la salud y la vida digna de la menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ identificada con el NUIP No. 1.109.197.070 de Cali, quien actúa a través de la agente oficiosa señora DIANA MILENA LOPEZ HERRERA identificada con la cédula de ciudadanía o 67.031.922.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDÉNASE** a NUEVA EPS-S que dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, **brinde atención integral en salud** a la menor ABYGAIL LÓPEZ LÓPEZ identificada con el NUIP No. 1.109.197.070, representada legalmente por su señora madre DIANA MILENA LOPEZ HERRERA identificada con la cédula de ciudadanía o 67.031.922; para el manejo adecuado de la enfermedad que padece (HISTIOCIOSIS DE CÉLULAS DE LANGERHANS), en lo que debe incluirse el medicamento *CLADRIBINE (ampollas 1M/10ML)* o el que el médico tratante establezca; además de tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio medico necesario para el diagnóstico y tratamiento de dicha enfermedad. Todo ello, en la forma, cantidad,

frecuencia y lugar que el médico tratante indique, sin importar su no inclusión dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud –POS y si carece de registro específico en INVIMA. Asimismo, la atención deberá brindarse en forma oportuna, de tal suerte que se garantice el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, que en el presente caso está siendo desconocido.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación, **REMÍTASE** a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

ALZ