

**DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS – Fundamental y prevalente / DERECHO FUNDAMENTAL – Derecho a la salud de los niños / TUTELA – Procedencia / SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS – Amenaza de derechos fundamentales**

La acción de tutela para la protección del derecho a la salud de los niños es totalmente procedente, ya que el mismo se entiende como fundamental y prevalente, sin exigir conexidad con otros derechos fundamentales. En el presente caso, es claro para la Sala que la falta de suministro del medicamento “*Lexapro*” al menor, amenaza sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, máxime cuando no obra en el expediente prueba alguna que permita establecer la viabilidad del suministro de otro medicamento que genere iguales o mejores resultados para tratar su padecimiento y por el contrario, según lo señala la médica tratante, es a través del suministro del mencionado medicamento como se espera mejorar la calidad de vida del menor.

**Nota de relatoría:** Sobre el derecho a la salud de los niños, Sentencias CE, S4, Rad. AC-08077, 1999/09/03, M.P. Delio Gómez Leyva; CE, S4, AC-7850, 1999/08/06, M.P. Delio Gómez Leyva; CC, Rad. T-270, 2003/03/03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; CC, Rad. T-414, 2001/04/26, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; CC, Rad. T-421, 2001/04/26, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

**REGIMEN DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES / FOSYGA / ENTIDADES DE SALUD DEL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS MILITARES – Tienen la facultad de repetir contra el FOSYGA por el suministro de medicamentos o servicios por fuera de las directrices dispuestas por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares**

Respecto al Régimen de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y su relación con el FOSYGA, recuerda la Sala que si bien es cierto el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece que el Sistema Integral de Seguridad Social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no es menos cierto que el artículo 31 de la Ley 352 de 1997 establece que el FOSYGA pagará los servicios que preste el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía y a su vez, el parágrafo segundo del artículo 36 del Decreto 1795 de 2000 señala que un (1) punto de la cotización a ese Sistema será trasladado al FOSYGA para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que el objetivo principal del FOSYGA es garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General

de Seguridad Social en Salud, así como contribuir a que el Estado progresivamente garantice la prestación del servicio de salud a todos los colombianos, la Corte Constitucional ha reconocido que el Estado por medio del mencionado fondo, debe asumir el valor de los tratamientos o medicamentos que no estando contemplados en las disposiciones legales o reglamentarias en la materia, son suministrados por las entidades del Sistema de Seguridad Social, so pena de poner en riesgo la sostenibilidad financiera de las mismas al imponerle cargas que en principio no están obligadas a asumir. Con fundamento en las anteriores consideraciones, para la Sala es totalmente válido extender la facultad que tienen las EPS de repetir contra el FOSYGA por el suministro de medicamentos o servicios que no se encuentran en el POS, a las entidades de salud pertenecientes al Sistema Integral de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, cuando prestan servicios por fuera de las directrices dispuestas por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares o cualquiera de los Comités de dicho régimen y en consecuencia, se autorizará a la entidad accionada para que realice el recobro correspondiente ante FOSYGA.

**Fuente formal:** LEY 352 DE 1997 ARTICULO 31; DECRETO 1795 DE 2000 ARTICULO 36

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION CUARTA**

**Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 19001-23-31-000-2009-00009- 01(AC)**

**Actor: ELVIA ISAURA LOZADA GARCÍA**

**Demandado: DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL**

**Referencia: Acción de Tutela**

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte accionada contra la providencia de 4 de febrero de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se ampararon los derechos a la salud y a la vida del menor LUIS MIGUEL PÉREZ LOZADA.

## I. ANTECEDENTES

La señora ELVIA ISAURA LOZADA GARCÍA, en representación de su menor hijo LUIS MIGUEL PÉREZ LOZADA, instauró acción de tutela contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social en conexidad con la vida digna y a la protección constitucional a los niños.

### **Hechos**

Indica como hechos que dieron origen a la presente acción los siguientes:

Su hijo presenta déficit de atención o retardo mental leve y para tratar dicha enfermedad la médica neuropediatra le formuló varios medicamentos los cuales no arrojaron resultados positivos, finalmente le fue formulado “*Lexapro*” en 10 miligramos, el cual resultó efectivo para el tratamiento de la enfermedad por lo que le fue recetado en cantidad de 120 pastillas.

Sostiene que luego de diligenciar los formularios necesarios para la autorización del mencionado medicamento, el Área de Sanidad del Departamento de Policía de Bogotá decidió no autorizarlo argumentando la utilización de otras alternativas.

Informa que la médica tratante certificó que la droga “*Lexapro*” en 10 miligramos es indispensable para mejorar la calidad de vida de su hijo.

Agrega que no posee la capacidad económica suficiente para costear el tratamiento que su hijo requiere el cual es realmente urgente.

### **Pretensiones**

Solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados y en consecuencia, se ordene a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional suministrar a su hijo toda la atención integral que requiere para el tratamiento de la recuperación de su enfermedad.

Como medida provisional solicita que se ordene a la entidad demandada expedir las órdenes de apoyo para que le suministren a su hijo el medicamento que requiere.

Una vez avocado el conocimiento por el Tribunal Administrativo del Cauca, ordenó notificar a la entidad accionada y decretó como medida cautelar al Área de Sanidad de la Policía Nacional expedir la correspondiente orden de apoyo para el suministro inmediato al menor LUIS MIGUEL PÉREZ LOZADA el medicamento ordenado por el médico tratante.

### **Oposición**

#### **▪ Ejército Nacional**

El **Director de Sanidad de la Policía Nacional** solicita negar por improcedente la acción de tutela por cuanto en ningún momento se han violado los derechos fundamentales del menor PÉREZ LOZADA. En subsidio de lo anterior solicita que se autorice efectuar el recobro correspondiente al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA.

Agrega los siguientes argumentos de defensa:

En primer lugar se refiere a las funciones de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional concernientes en dirigir la operación y el funcionamiento del Subsistema de Salud de la Policía Nacional y prestar los servicios de salud a los afiliados y sus beneficiarios.

Explica que el Decreto 1795 del 2000<sup>1</sup> dispone que la prestación de los servicios de salud para los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se encuentra sujeta a los parámetros que para tal efecto establezca el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y que en virtud de ello se expidió el Acuerdo No. 042 de 21 de diciembre de 2005 *“Por el cual se establece el Manual Único de Medicamentos y Terapéutica del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”* (Vademécum).

Sostiene que en el presente caso el medicamento *“Lexapro”* se encuentra fuera del vademécum del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, razón por la cual se estudio la posibilidad de su suministro en el Comité Técnico Científico 47, pero se negó tal dispensación por ser factible el uso de moléculas contenidas dentro del vademécum.

Considera que si el paciente o su médico tratante manifiestan la existencia de molestias con los medicamentos que están siendo suministrados, deben acudir al Comité para la Vigilancia Farmacológica en el Subsistema de Salud

---

<sup>1</sup> *“Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”*

de la Policía Nacional y sostiene que en el caso del menor PÉREZ LOZADA, los medicamentos prescritos han mantenido estable su cuadro clínico, es decir, han tenido el efecto deseado y no evidencian reporte alguno por presuntas fallas terapéuticas del medicamento.

Describe el proceso que se debe adelantar en caso de que los medicamentos formulados reporten falla terapéutica en el tratamiento y concluye que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno al menor.

Precisa que en ningún momento se está negando al paciente el acceso a los servicios de salud a los cuales tiene derecho, sino que el medicamento no se encuentra en el Plan de Salud de la Policía Nacional.

Señala que mediante Oficio de 29 de enero de 2009 el Área de Sanidad – Cauca informó que se cumplió con la medida cautelar decretada en el auto admisorio de la presente acción, como quiera que se generó la orden para la entrega del medicamento “*Lexapro*” Tb. 10 MG por parte de MEDIPOL a la accionante.

### **El fallo impugnado**

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante providencia del 4 de febrero de 2009, amparó los derechos a la salud y a la vida del menor LUIS MIGUEL PÉREZ LOZADA y en consecuencia, dejó en firme la medida provisional decretada mediante el auto de 22 de enero de 2009 y ordenó a la Policía Nacional – Área de Sanidad, brindar la atención médica integral al menor

hasta el restablecimiento de su salud y la garantía de una vida en condiciones de dignidad.

La decisión la fundó en que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental porque así lo establece el artículo 44 de la Constitución y así se desprende de los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, en consecuencia, la protección de dicho derecho se da por vía directa sin requerir la conexidad con otro derecho fundamental.

El Tribunal analizó las pruebas obrantes en el expediente respecto a la salud del menor y concluyó que la falta del medicamento amenaza sus derechos fundamentales a la vida y a la salud y además, no existe constancia de que el medicamento pueda ser sustituido por otro.

Finalmente, el fallador de primera instancia no accedió a la solicitud de la institución accionada en el sentido de autorizar el recobro ante FOSYGA, al considerar que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía, es un régimen especial que se rige por sus propias normas y que tiene recursos propios.

#### ▪ **La impugnación**

**El Director de Sanidad del Ejército Nacional** inconforme con la decisión de primera instancia la impugnó e insistió en los argumentos expuestos en el escrito de oposición.

Agrega que el fallo del Tribunal fue demasiado amplio y con poca claridad en la orden impartida ya que no precisó hasta donde van los procedimientos y medicamentos y en consecuencia se está causando a la Policía Nacional un

detrimento patrimonial por asumir costos no contemplados en el Plan de Salud.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: "**Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, **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 que señala este decreto", **la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Se tiene en el presente asunto que el Tribunal Administrativo del Cauca en primera instancia amparó los derechos a la salud y a la vida del menor LUIS MIGUEL PÉREZ LOZADA y en consecuencia ordenó a la Policía Nacional – Área de Sanidad, brindar la atención médica integral al menor hasta el restablecimiento de su salud y no accedió a la solicitud de la institución accionada en el sentido de autorizar el recobro ante FOSYGA.

La parte impugnante solicita que se revoque la decisión de primera instancia o en su defecto se le autorice recobrar al FOSYGA el costo correspondiente.



Para determinar la posible vulneración de los derechos a la salud y a la vida del menor LUIS MIGUEL PÉREZ LOZADA, deberá la Sala enumerar en orden cronológico las pruebas obrantes en el expediente:

1. Constancia de trámite del carné del Área de Recursos Humanos de la Policía Nacional en la que se certifica la condición de beneficiario del menor LUIS MIGUEL PÉREZ LOZADA. (fl. 2)
2. Orden del medicamento "*Lexapro*" Tb. 10 MG suscrita el 7 de enero de 2009 por la doctora María Eugenia Niño A., Médica Neuropediatra de la Clínica La Estancia. (fl. 3)
3. Informe neuropsicológico suscrito por la doctora Gloria Ximena López Campo, Neuropsicóloga, en el que se establece con claridad el padecimiento del menor LUIS MIGUEL en relación con la deficiencia intelectual y en algunas habilidades adaptativas. (fls. 4-14)
4. Hoja de *JUSTIFICACIÓN DE MEDICAMENTOS NO POS*, en la que se describe el caso clínico del menor y se señala la justificación del medicamento formulado en los siguientes términos: "*mejorar calidad de vida*", "(palabra ilegible) *aprendizaje*" y "*mejorar socialización*". ( fl. 18)
5. Concepto de la médica neuropediatra en el que manifiesta que el medicamento formulado es indispensable para mejorar la calidad de vida del paciente. (fl 20)

Una vez relacionadas la pruebas relevantes, es necesario advertir, como lo hizo el a quo, que la acción de tutela para la protección del derecho a la salud de los niños es totalmente procedente, ya que el mismo se entiende

como fundamental y prevalente, sin exigir conexidad con otros derechos fundamentales, así lo ha señalado la Corte Constitucional en varias oportunidades.<sup>2</sup>

En el presente caso, es claro para la Sala que la falta de suministro del medicamento “*Lexapro*” al menor, amenaza sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, máxime cuando no obra en el expediente prueba alguna que permita establecer la viabilidad del suministro de otro medicamento que genere iguales o mejores resultados para tratar su padecimiento y por el contrario, según lo señala la médica tratante, es a través del suministro del mencionado medicamento como se espera mejorar la calidad de vida del menor.

Informa el Área de Sanidad del Cauca que mediante Oficio de 29 de enero de 2009 se cumplió con la medida cautelar decretada por el fallador de primera instancia en el auto admisorio de la presente acción y se generó la orden para la entrega del medicamento “*Lexapro*” Tb. 10 MG por parte de MEDIPOL al menor. En virtud de lo anterior se podría advertir sobre un hecho superado, ya que desapareció la razón inicial que generó la instauración de la acción de tutela y en consecuencia, se debería declarar la carencia actual de objeto.

No obstante lo anterior, considera la Sala que la amenaza sobre los derechos a la salud y la vida del menor LUIS MIGUEL aún permanece, debido a que la entidad accionada, si bien cumplió con la medida cautelar decretada, solicita en el escrito de impugnación revocar el fallo del Tribunal e insiste en la negativa de suministrar el medicamento formulado por cuanto se encuentra

---

<sup>2</sup> Sentencias: T-270 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-414 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-421 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis, entre otras.

fuera del vademécum del Sistema de Salud de la Policía Nacional. En consecuencia no se declarará el hecho superado en la presente acción.

Ahora bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en especial las relacionadas con la protección prevalente de los menores, no comparte la Sala la afirmación consignada por la entidad accionada en el escrito de impugnación cuando dice que el fallo de primera instancia *fue demasiado amplio y con poca claridad*, por cuanto es indispensable que al menor se le brinde la atención médica integral para el tratamiento de su enfermedad y por lo tanto la orden proferida por el Tribunal en ese punto debe confirmarse.

Con relación a la solicitud subsidiaria presentada por la entidad accionada en el escrito de impugnación, en el sentido de autorizarla para efectuar el recobro correspondiente al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, considera la Sala pertinente hacer las siguientes consideraciones:

En los casos en que se ha ordenado que las EPS suministren medicamentos o tratamientos que no está incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), también se ha permitido a dichas entidades repetir por los costos en que incurren contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), con el fin garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Seguridad Social en Salud, y particularmente, de las entidades que intervienen en el mismo.<sup>3</sup>

Ahora bien, respecto al Régimen de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y su relación con el FOSYGA, recuerda la Sala que si bien es cierto el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece que el Sistema Integral de Seguridad Social no se aplica a los miembros de las Fuerzas

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-736 de 1998. Antonio Barrera Carbonell.

Militares y de la Policía Nacional, no es menos cierto que el artículo 31 de la Ley 352 de 1997<sup>4</sup> establece que el FOSYGA pagará los servicios que preste el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía y a su vez, el parágrafo segundo del artículo 36 del Decreto 1795 de 2000 señala que un (1) punto de la cotización a ese Sistema será trasladado al FOSYGA para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que el objetivo principal del FOSYGA es garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como contribuir a que el Estado progresivamente garantice la prestación del servicio de salud a todos los colombianos, la Corte Constitucional ha reconocido que el Estado por medio del mencionado fondo, debe asumir el valor de los tratamientos o medicamentos que no estando contemplados en las disposiciones legales o reglamentarias en la materia, son suministrados por las entidades del Sistema de Seguridad Social, so pena de poner en riesgo la sostenibilidad financiera de las mismas al imponerle cargas que en principio no están obligadas a asumir.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, para la Sala es totalmente válido extender la facultad que tienen las EPS de repetir contra el FOSYGA por el suministro de medicamentos o servicios que no se encuentran en el POS, a las entidades de salud pertenecientes al Sistema Integral de Seguridad Social de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, cuando prestan servicios por fuera de las directrices dispuestas por el

---

<sup>4</sup> *“Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”*

Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares o cualquiera de los Comités de dicho régimen y en consecuencia, se autorizará a la entidad accionada para que realice el recobro correspondiente ante FOSYGA.

En consecuencia esta Corporación revocará el artículo cuarto del fallo de primera instancia y en su lugar autorizará a la Policía Nacional – Área de Sanidad – para realizar el recobro ante el FOSYGA y confirmará los demás numerales de la providencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta - Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

## **F A L L A**

1. **CONFÍRMANSE** los numerales primero, segundo y tercero de la providencia de 4 de febrero de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.
2. **REVÓCASE** el numeral cuarto de la providencia de 4 de febrero de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca y en su lugar **AUTORÍZASE** a la Policía Nacional – Área de Sanidad – para realizar el recobro correspondiente ante el FOSYGA.
3. Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**  
Presidenta de la Sección

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ**