

Sentencia T-016/03

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Examen de carga viral

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Examen de carga viral fundamental para tratamiento del sida

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Realización examen de carga viral y repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T-673846

Acción de tutela instaurada por José Vicente Pardo Camacho contra la E.P.S. Famisanar Seccional Bogotá.

Procedencia: Juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil tres (2003).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado el veintiuno (21) de octubre de dos mil dos (2002), por el Juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor José Vicente Pardo Camacho contra la E.P.S. Famisanar Seccional Bogotá.

La Sala de Selección No. 11 de la Corte Constitucional, por auto del veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002), seleccionó, para efectos de su revisión, el fallo de la referencia. El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

El actor expone que se encuentra afiliado a la E.P.S. Famisanar inicialmente como beneficiario por parte de su esposa y actualmente como cotizante de la misma, agrega que es portador de VIH y el doctor Santiago López Barrera de la Clínica el Contry le ordenó el examen de carga viral, pero a pesar de ser la segunda oportunidad que la ordena, la E.P.S. demandada se niega autorizarla argumentando que se encuentra por fuera del plan obligatorio de salud.

Agrega que Famisanar lo remitió al Instituto Referencia Andina y a Servicios Monnis, a los que no ha acudido por cuanto tiene que costear el valor del examen y afirma no tener medios económicos para atender el tratamiento de su enfermedad por cuanto devenga el salario mínimo mensual legal.

Por último, manifiesta el actor que al no tener el presupuesto necesario para realizar el examen que requiere, la empresa promotora de salud puede hacer el recobro ante el Fondo de Solidaridad Social Fosyga.

2. Pretensiones y derechos presuntamente vulnerados.

El actor considera que se le están vulnerando los derechos a la salud y a la vida, con la negativa de la E.P.S. Famisanar de autorizar y realizar el examen de carga viral. En consecuencia, solicita práctica del examen ordenado y suministro del tratamiento subsiguiente.

3. Sentencia que se revisa.

El veintiuno (21) de octubre de dos mil dos (2002), el Juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá, decidió negar la protección en salud que el actor solicitó teniendo en cuenta el concepto del médico internista infectólogo doctor Santiago López Barrera, a quien el despacho judicial solicitó indicara el perjuicio real que se le podría ocasionar al paciente, por no realizarse el examen ordenado por él.

El especialista explicó el procedimiento que se le ha seguido al actor y dijo que aparte de la

prueba de carga viral, existe otra cubierta por el POS, llamada medición de células Cd4, la que sin ser tan exacta como la de carga viral, posee los mismos efectos buscados, es decir, establecer cual es el porcentaje de carga viral en la sangre.

Por su parte, el despacho judicial resaltó tener claro que el actor se encuentra afiliado al plan obligatorio de salud y que el médico de la E.P.S. le ha diagnosticado VIH positivo asintomático, ordenando el examen de carga viral, cuyo costo no ha sido reconocido por Famisanar al encontrarse excluido del POS; asimismo, que el Plan Obligatorio de Salud cuenta con otro examen que sirve para medir el monitoreo de la respuesta del paciente al tratamiento médico, que permite evaluar si la medicación suministrada, suprime la carga viral y así controlar la enfermedad.

También tuvo en cuenta la respuesta dada por la E.P.S. Famisanar al justificar el hecho de no haber realizado el examen ordenado, al decir que no está “legalmente habilitada para autorizarlo”, y que éste no se prescribió para salvarle la vida al paciente, razón que se consideró como un motivo para no encontrar a la E.P.S. incurso en violación de ningún derecho fundamental.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala Segunda de Revisión es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

Así como el actor se duele de que la E.P.S. Famisanar no le ha autorizado la practica del examen de carga viral, la entidad de salud establece que se trata de una prueba no incluida en el plan obligatorio de salud. No obstante, el despacho judicial niega la acción de tutela con fundamento en la respuesta dada por el médico tratante del actor, para decir que existe una alternativa como es medición de células Cd4, que se encuentra dentro del POS y que puede ser practicada al actor obteniendo los mismos efectos buscados aunque no con la misma exactitud.

En estas condiciones, la Sala de Revisión entra a decidir si, la negativa de la entidad demandada en practicar el examen de carga viral vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del actor.

Tercera. Caso concreto. Reiteración de jurisprudencia respecto de la importancia en la practica del examen de carga viral para proceder a implementar el tratamiento adecuado a un paciente de VIH.

Con el ánimo de asegurar protección a los portadores del VIH, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, entre otras con la sentencia T-068 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño, donde se dice lo siguiente:

“No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en virtud de la supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes formales del derecho, ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado y evitar, de este modo, “que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales...”. Así, antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, se debe verificar si se presentan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional¹:

Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado², pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud 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 el mínimo vital del paciente.

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 (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Ante estas circunstancias, la E.P.S. se encuentra obligada a prestar el servicio, y con el fin de preservar el equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias precedentes. (SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001 entre otras)”.

Observando el caso en estudio, se tiene que el punto en controversia está frente a la omisión por parte de la E.P.S. Famisanar en autorizar la practica del examen de carga viral que le fue prescrito al actor por el médico especialista de dicha empresa de salud.

Conflicto que a los ojos del juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá, se dirimió con la posibilidad de un examen que se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud denominado medición de las células CD4, sin embargo, al analizar la sentencia T-849 de 2001 donde se estudian los conceptos emitidos por la Academia de Medicina, la Liga Colombiana contra el Sida y el Ministerio de Salud – Dirección General de Salud Pública, se concluye que tanto el examen de carga viral, como el perfil CD4/CD8, son indispensables para determinar la efectividad de los tratamientos y controlar que la enfermedad progrese.

Sin embargo el examen de carga viral, como se indica, es uno de los exámenes más seguros para medir la cantidad de copias virales por mililitro de sangre e indicar el tratamiento antirretroviral a aplicar.

Por su parte, el Ministerio de Salud aclara que tanto el examen de carga viral como el de CD4 son importantes, sin que sea excluyente uno del otro, al decir que: “. La carga viral, es un marcador de laboratorio que permite predecir, evaluar la eficacia de las drogas antirretrovirales y hacer seguimiento a la respuesta del tratamiento antirretroviral. Las recomendaciones de los grupos de expertos y protocolos internacionales establecen que idealmente todo paciente infectado con el VIH antes de iniciar el tratamiento antirretroviral debe tener de base una carga viral (dos muestras, tomadas con dos o cuatro semanas de intervalo), y un recuento de linfocitos CD4+.

...

Como predictores independientes de la evolución clínica de los pacientes infectados con el VIH, el uso combinado de la carga viral y el recuento de linfocitos CD4+ hace una descripción completa de la evolución clínica individual del paciente y la respuesta a la terapia antirretroviral.”

En estas condiciones, tanto el recuento CD4 como el examen de carga viral se tornan importantes frente al diagnóstico y tratamiento del síndrome de inmunodeficiencia humana, por que sin ellos, tal como lo mencionan los especialistas, se corre el riesgo de que el paciente no reaccione positivamente a la enfermedad y progrese el sida.

Pero, como el despacho judicial de instancia se basó en la sentencia T-398 de 1999 para negar el derecho pretendido por el actor, folio 33, se hace necesario retomar la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia T-1151 de 2001 proferida el 1 de noviembre de 2001 por la Sala octava de Revisión, al decir:

“Frente a tales señalamientos, considera esta Sala recordar que la antigua doctrina sostenida por esta Corporación³ y de la cual se vale la sentencia de instancia para negar el amparo solicitado, en donde se indicaba que el examen referido no era indispensable para evitar el avance del tratamiento de los portadores del VIH, se abandonó recientemente en la sentencia T-849 de 2001, para sostener que un paciente bajo un tratamiento no efectivo, que carezca del diagnóstico de la carga viral, no reacciona positivamente y podría progresar el SIDA. De no estar sometido a un tratamiento idóneo, expuso la sentencia mencionada, el paciente puede desarrollar cepas de virus resistentes a los medicamentos que esté utilizando lo cual puede llevar a una falla virológica y un mayor compromiso del sistema inmunitario que aumenta el riesgo de infecciones oportunistas.⁴”.

Entonces, si la practica del examen de carga viral, como se dijo, tiene relación directa con la salud y la vida del paciente, se considera que el hecho de no autorizar su realización afecta por parte de la E.P.S. Famisanar el derecho a la salud en conexidad con la vida por ello, la Sala de Revisión revocará el fallo del Juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá y en su lugar, se concederá la tutela impetrada en procura de que Famisanar si aún no lo ha hecho, autorice la practica de la prueba de carga viral, ordenada por el médico especialista. Igualmente, la entidad demandada deberá autorizar la practica de las demás pruebas de laboratorio, exámenes y suministro de medicamentos que sean autorizados y ordenados por su médico

tratante, así estén excluidos del POS, siempre y cuando de ellos dependan los derechos invocados por el actor para su protección.

Teniendo en cuenta que el examen de carga viral se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, se señalará que a la E.P.S. Famisanar, le asiste el derecho de repetir contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (Fosyga), lo que pague en cumplimiento con lo establecido en la presente sentencia.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido el veintiuno (21) de octubre de dos mil dos (2002), por el Juzgado 71 Penal Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor José Vicente Pardo Camacho contra la E.P.S. Famisanar Seccional Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo. En consecuencia, se CONCEDE el amparo solicitado por el actor, en los términos de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR a la empresa promotora de salud Famisanar de esta ciudad que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice al actor la práctica de la prueba de carga viral ordenada por el especialista así como el tratamiento que se requiera incluida la practica de las demás pruebas de laboratorio, exámenes y suministro de medicamentos prescritos por el médico respectivo.

Así mismo, se declara que le asiste derecho a la E.P.S. Famisanar Seccional Bogotá, de repetir contra el Fondo de Solidaridad Social en Salud (Fosyga), lo que pague en cumplimiento con lo establecido en la presente sentencia.

Tercero: Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver entre otras, sentencias SU-111 y SU-480 de 1997, T-236, T-283 y T-560 de 1998 y T-409 de 2000.

3 “El examen de carga viral que reclama el demandante es solamente un control de la cantidad de VIH que el paciente lleva en la sangre, que sirve para medir la eficacia del tratamiento escogido para combatir la enfermedad; es decir que de él no dependen, en manera alguna, ni el señalamiento de tal tratamiento ni la existencia del paciente. En cuanto a la negativa de este examen de laboratorio, entonces, serán confirmadas las decisiones de instancia” Sentencia T-398 de 2000.

4 Reiterada recientemente en los expedientes T-505370, T-502157, y T- 495653.