

DERECHO A LA SALUD-Conexidad con la vida

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

ACCION DE TUTELA-Hecho superado

Referencia: expediente T-296260

Accionante: Roberto Rojas

Accionado: Salud Colmena E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil (2000).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela N° 296260 promovida por el señor Roberto Rojas contra EPS Salud Colmena.

ANTECEDENTES

Hechos

El señor Roberto Rojas presentó acción de tutela en contra de la EPS Salud Colmena, por considerar vulnerados sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, teniendo en cuenta que la EPS accionada se ha negado a prestarle algunos servicios médicos y a entregarle algunos medicamentos que necesita para su recuperación. Las razones que

fundamentan su solicitud de protección constitucional, son las siguientes:

a. El accionante se encuentra afiliado a Salud Colmena EPS, desde el 19 de diciembre de 1995, como consta en el formulario único de afiliación a dicha entidad.

a. Hace poco se enfermó de bronconeumonía y fue necesaria su hospitalización, la cual tuvo lugar desde el 12 de agosto de 1999, hasta el 21 de agosto del mismo año. Sin embargo, la entidad se niega a prestarle los servicios que enumera a continuación:

* El suministro de los medicamentos : Crixivan, Estavudina y Lamivudina.

* Realizarle los exámenes formulados por el médico.

* Carga viral.

Por las razones anteriores solicita que se le tutelen los derechos constitucionales invocados y que se proceda a brindarle de manera oportuna y sin dificultades los servicios médicos incluidos en el tratamiento y el suministro de los medicamentos señalados.

Intervención de la EPS Salud Colmena

La entidad accionada, actuando por intermedio de apoderado, luego de hacer un análisis sobre la normatividad vigente en materia de salud, sostiene que el señor Roberto Rojas se encuentra afiliado a la EPS en condición de cotizante principal al plan obligatorio de salud POS, en el régimen contributivo, desde el 1º de febrero de 1996. Afirma que como consecuencia directa de dicha afiliación, el señor Roberto Rojas como su grupo familiar, tiene derecho a recibir, como efectivamente lo han recibido por parte de la EPS, todos los servicios de salud contemplados en el POS, plan que necesariamente según la normatividad legal vigente, tiene limitaciones y exclusiones de servicios, actividades y medicamentos.

En el caso del actor, el examen de carga viral y los medicamentos solicitados no se

encuentran incluidos dentro de los manuales y resoluciones legales vigente, motivo por el cual Colmena Salud EPS ha negado la expedición de las autorizaciones respectivas, máxime si se tiene en cuenta lo señalado por el parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998 y en la sentencia SU-816 de 1999 de la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas concluye que el motivo de la negativa, no es el capricho o la intensión de vulnerar ningún derecho fundamental, ni mucho menos una actitud omisiva como la pretende hacer ver a juicio de la EPS, el accionante, sino el hecho de no haber sido incluidos en el manual de actividades, procedimientos, intervenciones y coberturas del POS tales aspectos, de acuerdo con la Resolución 5261 de 1994.

Sentencia objeto de Revisión.

Conoció en primera instancia del proceso de la referencia, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, quien mediante providencia del 19 de enero de dos mil, negó la tutela presentada por el señor Roberto Rojas, por considerar que al no estar previstos en el POS el examen de carga viral y los medicamentos solicitados, “no resulta viable ordenar a la accionada que asuma dicha carga”. Sin embargo, el Tribunal precisa que lo anterior, “no implica que se deje al accionante desamparado, como quiera que para que se le presten tales servicios debe acudir a la red pública hospitalaria, que tiene la obligación de prestarle dicho servicio”.

Igualmente, el Tribunal estima que el accionante no probó en el proceso, que tuviera el número de semanas cotizadas para que se le preste el servicio, ni acreditó no tener recursos suficientes para no asumir dicho costo, por lo que, acogiendo la sentencia T-819 de 1999 de esta Corporación, se negó la tutela de la referencia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

En mérito de lo expuesto, esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

Fundamentos Jurídicos.

Del derecho a la vida y a la salud.

1- La jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, puede llegar a ser amparado mediante tutela, en virtud de su conexidad con el derecho a la vida (artículo 11 superior) y con la integridad de la persona (artículo 12 de la Carta), en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad¹. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible que se pueda suscitar con el derecho a la vida.²

2- Cuando se trata del derecho a la salud en consecuencia, “la posibilidad de exigir un derecho de prestación es apreciable sólo en el caso concreto y dependiendo del tipo de derecho”³, tal y como se señaló por esta Corporación en la Sentencia T- 207 de 1995, derecho que al reunir el carácter de conexo con el derecho a la vida y la integridad de la persona, puede ser protegido como fundamental, según las circunstancias específicas invocadas.⁴

3- Así las cosas, en relación con la protección constitucional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional⁵ ha distinguido dos connotaciones: i) de un lado, la salud adquiere el rango de fundamental cuando está en riesgo el derecho a la vida u otro derecho fundamental, por ende es susceptible de amparo a través de la tutela y, de otro lado, cuando no está en conexidad con otros derechos, adquiere el carácter de prestacional y puede ser exigible a través de otros medios judiciales de defensa, diferentes a la tutela.⁶

4- Lo anterior permite deducir que los tratamientos médicos, quirúrgicos y la entrega de medicamentos por parte de las Empresas Promotoras de Salud, pueden ordenarse por vía de tutela, cuando se ampara la salud como derecho fundamental por conexidad⁷. Al respecto, es importante precisar que los artículos 162 de la Ley 100 de 1993, 28 del Decreto 806 de 1998 y la Resolución 05061 de 1997, expedida por el Ministerio de Salud, determinan que los afiliados al régimen contributivo tienen derecho a recibir los medicamentos y tratamientos que requieran para el cuidado de su salud y que señala el Plan Obligatorio de Salud. Por ende, en principio, las Entidades Promotoras de Salud sólo están legalmente obligadas a suministrar las drogas que incluye el “listado de medicamentos esenciales” elaborado por el

Consejo Nacional de Seguridad Social y, a autorizar los tratamientos y exámenes que determina la reglamentación correspondiente.

En efecto, el Acuerdo 110 del Consejo Nacional de Seguridad Social determinó que “para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente acuerdo... si el precio máximo al público de esos medicamentos no incluidos en el manual, teniendo en cuenta el valor total del medicamento, es menor o igual al precio máximo al público de los medicamentos que reemplazan o su similar serán suministrados con cargo a las EPS o ARS. Si el precio máximo excede o es superior, la diferencia será cubierta con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía”. Por consiguiente, excepcionalmente, el Comité Técnico- Científico de cada EPS podrá autorizar el suministro de medicamentos excluidos del POS, siguiendo criterios y procedimientos señalados en los artículos 4º y 6º de la Resolución 05061 de 1997.

5- Ahora bien, como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades⁸, las normas que regulan la exclusión de medicamentos del POS deben aplicarse, siempre y cuando no vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En efecto, la supremacía constitucional impone a todos los operadores jurídicos la aplicación preferente de las normas superiores y exige que “siempre que la vida humana se vea afectada, en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable. Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona, que es el fin del derecho”⁹.

Por esta razón, eventualmente, es posible inaplicar las normas que facultan a la EPS a no suministrar un medicamento o a no autorizar un examen excluido del POS y, en consecuencia, en determinadas circunstancias se debe entregar la medicina o se debe autorizar el tratamiento al paciente, aun cuando no figure en los listados oficiales. Sin embargo, lo anterior no significa que la inaplicabilidad de las disposiciones sobre la materia proceda de manera automática¹⁰, pues es obvio que ello sólo es posible cuando exista una incompatibilidad manifiesta entre esas normas y la Carta. De ahí pues, que la jurisprudencia constitucional¹¹ ha señalado la necesidad de inaplicar las normas que excluyen del POS un medicamento cuando:

a) La falta del medicamento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o a la

integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga altera condiciones de existencia digna. En efecto, la protección constitucional del derecho fundamental a la vida “no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales”¹².

b) El medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o que no tiene la misma efectividad.

c) El paciente no pueda sufragar los costos del medicamento, puesto que, en principio “cuando el afiliado al régimen contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente” (parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998).

d) El medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.

a) De acuerdo con el artículo 164 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998, los tratamientos para el SIDA están sometidos a 100 semanas de cotización al sistema, por cuanto es una enfermedad definida como catastrófica o ruinosa de nivel IV.

b) No obstante, cuando entra en conflicto el derecho a la salud en conexidad con la vida del paciente y la exigencia legal del mínimo de semanas de cotización, un enfermo de SIDA puede ser atendido por la EPS si sufraga el porcentaje correspondiente a las semanas que aún no ha cotizado. (parágrafo del artículo 61 del Decreto 806 de 1998. Sentencias SU-480 de 1997 y T-557 de 1998).

c) Si los medicamentos o tratamientos recetados por el médico adscrito a la EPS (i) se requieren urgentemente para proteger la vida en condiciones dignas del paciente (ii), y éste no tiene los recursos económicos para asumir el costo del porcentaje que le corresponde (iii), deberá inaplicarse las normas que exigen el período mínimo de cotización de 100 semanas. Por lo tanto, la EPS deberá suministrar los medicamentos o autorizar los tratamientos o exámenes antes de que el afiliado cumpla el período mínimo de cotización, pero está en todo el derecho de repetir los sobrecostos en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de

Solidaridad y Garantía. Ello, por cuanto las empresas promotoras de salud ocupan el lugar del Estado en la prestación del servicio público de salud¹⁴. Sentencias T-171 de 1999, T-092 de 1999, T-230 de 1999, T-1003 de 1999, T-813 de 1999, T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-108 de 1999.

d) Cuando la EPS se niega a autorizar servicios porque no se ha cotizado el mínimo exigido en la ley o se niega a suministrar medicamentos porque están excluidos del POS, la acción de tutela puede ordenarlos, siempre y cuando exista vulneración o amenaza del derecho a la salud en conexidad con la vida.

Con base en lo expuesto, la Sala entra a estudiar si la EPS accionada debe suministrar los medicamentos recetados y autorizar los tratamientos formulados.

Del caso concreto.

7- En el caso que nos ocupa, el actor solicita que les sean entregados los medicamentos que requiere para su dolencia, y que se le practique el examen conocido como “carga viral, por parte de la E.P.S. Salud Colmena.

Al respecto es importante precisar que esta Sala, mediante auto del 22 de junio de 2000, solicitó información al actor sobre su número de semanas cotizadas y si ya se le habían entregado los medicamentos y practicado los exámenes que se le habían formulado. Como respuesta a esta solicitud, el actor precisó entre otras cosas que :

“(…) quiero decirle que si se me han practicado los exámenes médicos y suministrado los medicamentos. Aclaro que se me ha negado el examen de carga viral solicitado por los médicos para continuar el tratamiento que debo seguir de por vida...”

8- De lo anterior se desprende que la E.P.S le ha entregado los medicamentos al actor, motivo por el cual frente a esa precisa circunstancia nos encontramos ante un hecho superado. Ahora bien, en lo concerniente al examen de carga viral, en reciente fallo, la Corte dijo que no se dirige a proteger la vida del paciente, por lo que no se considera que la omisión de autorizarlo vulnere el derecho a la salud en conexidad con la vida. Al respecto se expresó:

“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”¹⁵

En ese orden de ideas, es claro que no se encuentra vulneración alguna de los derechos a la salud en conexidad con vida, del demandante, motivo por el cual esta Sala confirmará la decisión de instancia, pero por las razones aducidas en la presente sentencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia objeto de revisión, del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Civil, del 19 de enero de 2000, por las razones expuesta en la presente sentencia.

Segundo.- Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juez de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional. Sentencia T-395 de 1998. M.P Alejandro Martínez Caballero. Ver también, Sentencia No T-271 de 1995 y Sentencia T-494 de 1993

2 Ver Corte Constitucional. .Sentencia No T-271 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-494 de 1993. M.P .Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 Sentencia T-207 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

4 Ver Sentencia T- 395/98. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Sentencias SU-111 de 1997, SU-039 de 1998, T-236 de 1998, T-395 de 1998, T-489 de 1998, T-560 de 1998, entre muchas otras.

6 Ver sentencia T-230 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Ver sentencia T-230 de 1999. M.P Alejandro Martínez Caballero.

8 Al respecto, entre muchas otras sentencias, pueden consultarse: SU-480 de 1997, T-230 de 1999, T-503 y T-557 de 1998.

9 Sentencia T-165 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

10 Sentencia T-329 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz.

11 En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-329 de 1998, T-171 de 1999, T-667 de 1997, T-108 de 1999, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-283 de 1998, T-975 de 1999.

12 Sentencia T-975 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis

13 Pueden consultarse las sentencias SU-480 de 1997, T-813 de 1999, T-092 de 1999, T-230 de 1999, T-1003 de 1999, T-417 de 1999, T-398 de 1999, T-328 de 1998, T-171 de 1999.

14 Sentencia SU-819 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis

15 Sentencia T-398 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.