

Sentencia T-159/06

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Suministro de suplemento alimenticio aunque esté excluido del POS

Referencia: expediente T-1239032

Acción de tutela instaurada por Fredy Jiménez Redondo contra el Instituto de Seguros Sociales

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo

I. ANTECEDENTES.

El actor considera que la entidad demandada desconoció su derecho a la vida, a la igualdad, a la salud y a la dignidad humana. Según el peticionario, suspender el suplemento alimenticio, en el estado de enfermedad en que se encuentra, significa agilizar su proceso de muerte y renunciar a un mínimo de calidad de vida. Argumenta el actor que la entidad demandada desconoció así mismo su derecho a la igualdad pues existen EPS que si están entregando los medicamentos sin necesidad de tutela, pues son conscientes de la importancia de estos tratamientos para la vida del paciente. Aduce el actor, que la entidad demandada también desconoce el respeto a la dignidad humana que como lo ha afirmado la Corte Constitucional “no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades.” (Sentencia T-499 de 1992). Exige, en suma, que se le garantice la continuidad y entrega oportuna de todos y cada uno de los medicamentos esenciales y del suplemento alimenticio que forma parte del tratamiento integral del VIH/SIDA.

1.- Afirma el peticionario que convive en la actualidad con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) agente causal del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA).

2.- Asegura que está afiliado a la EPS Seguro Social.

3.- Sostiene que el médico tratante le ordenó el suplemento alimenticio ensure y asevera que la EPS Seguro Social se ha negado a suministrárselo desde hace varios meses.

4.- Dice que de acuerdo con la patología que sufre, ese suplemento alimenticio no puede ser suspendido pues esto conllevaría a debilitar más sus defensas y lo llevaría a la muerte.

5.- Alega que según lo establecido en el Decreto 1543 de 1997 reglamentario de VIH - SIDA, se ordena a las entidades prestar atención integral a quienes sufren del síndrome de inmunodeficiencia humana.

6. Aduce que la Seccional del Seguro Social de la ciudad de Santa Marta venía suministrándole el suplemento nutricional ensure cumpliendo esta entidad con lo dispuesto por el Decreto 1543 de 1997 en relación con la obligación de prestar atención integral a los enfermos de VIH/SIDA.

Solicitud de tutela

El peticionario solicita que se ordene a la EPS Seguro Social, Seccional Sucre, le suministre el suplemento nutricional ensure el cual es urgente para proteger sus derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana. En este orden de ideas exige el actor que el Director Seccional Sincelejo (Sucre) de la EPS Seguro Social o quien corresponda le entregue en el término de 48 horas el suplemento ensure de acuerdo con la fórmula expedida por el médico tratante que obra como prueba en el expediente. Pide, así mismo, que se obligue a la entidad FOSYGA a rembolsar el costo de los medicamentos y complementos vitamínicos.

Respuesta de la entidad demandada

Mediante escrito fechado el día 21 de octubre de 2005, el señor Jesús María Geney Morales en su calidad de gerente del Instituto de Seguro Social Seccional Sucre responde en los siguientes términos la solicitud de tutela.

1.- Afirma que el señor Fredy Jiménez Redondo se encuentra efectivamente afiliado a la EPS del ISS en calidad de pensionado y se encuentra activo en salud desde el día 4 de marzo de 1997.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2.- Establece que como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud (POS) el señor Jiménez Redondo ha recibido todos los beneficios, tal como consta en la historia clínica del accionante a quien inicialmente le prestaba los servicios el ISS Seccional Magdalena y luego - en virtud del cambio de residencia del peticionario - se los continuó prestando la Seccional del Seguro Social de Sucre.

3. Dice, que en los archivos de la entidad existe constancia de la tutela decidida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Marta por medio de la cual le fueron tutelados al

accionante los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida y se ordenó el suministro de los medicamentos que fueran prescritos de acuerdo con su estado de salud, orden que, según él, ha sido cumplida por la entidad. A su juicio la entidad demandada ha prestado todos los beneficios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

4.- Expone, el representante de la entidad demandada en relación con el suministro del suplemento nutricional, que no es viable autorizar tal suministro por cuanto “el suplemento nutricional ENSURE (...) es un complemento nutricional, como bien es conocido por nuestros afiliados, el ISS, está obligado al suministro de medicamentos necesarios para la salud y preservar la vida, no siendo obligación del ISS, suministrarle a sus afiliados suplementos nutricionales, cuya carencia no atenta contra la vida, ni salud del paciente, pues conforme a la reglamentación existente sobre la materia en seguridad social en salud, las EPS no está obligadas a suministrar a sus afiliados componentes nutricionales menos aún, cuando su no suministro no pone en riesgo la vitalidad del paciente.” (Mayúsculas dentro del texto).

5.- Concluye, finalmente, que al no ser el ensure un medicamento sino un componente nutricional, la decisión de la entidad demandada de no suministrarlo no vulnera ningún derecho fundamental y agrega que “la seguridad social debe tener en cuenta que los recursos sean distribuidos en forma adecuada, oportuna y suficiente (principio de eficiencia); garantizando la protección a todas las persona, sin discriminación (principio de universalidad); cubriendo todas las contingencias que afecten la salud.”

Pruebas relevantes que obran en el expediente

1.- Certificado expedido el día 17 de febrero de 2005 por el médico de la ESE José Prudencio Padilla doctor Ubaldo Pérez Bernal en donde consta que el señor Fredy Jiménez Redondo padece VIH desde 1997 (Folio 7).

2.- Solicitud y justificación para uso de medicamentos no POS realizada por el médico tratante de la ESE José Prudencio Padilla expedida el día 6 de septiembre de 2005 en la que se prescribe como medicamento genérico el suplemento alimenticio ensure (Folio 8).

3.- Copias de las fórmulas mediante las cuales demuestra el peticionario que la Seccional del Seguro Social de Santa Marta le suministró el ensure como parte del tratamiento integral recomendado por el médico tratante. (Folios 9 y 10)

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Por medio de providencia fechada el día 26 de octubre de 2005, el Juzgado Primero Penal de Circuito de Sincelejo resolvió no tutelar los derechos fundamentales del señor Fredy Jiménez Redondo. El Juzgado adujo los siguientes motivos para sustentar su decisión:

Según el Juzgado, en el expediente consta que el señor Jiménez Redondo había instaurado ya una tutela ante el Juzgado Quinto Penal de Circuito de la ciudad de Santa Marta por los mismos hechos, tutela ésta que fue decidida a su favor. Toda vez que en esa sentencia le fueron tutelados al actor sus derechos a la seguridad social y a la vida y se ordenó a la entidad demandada el suministro de los medicamentos prescritos así como la entrega de aquellos servicios que fuera necesitando, considera el Juzgado que el accionante incurrió en una actuación temeraria y desconoció lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 que prescribe:

“Cuando, sin motivo previamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.”

En vista de lo anterior, el Juzgado resuelve declarar la improcedencia de la solicitud de tutela y no entrar a amparar los derechos supuestamente vulnerados.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2.- Cuestión Previa

Antes de pasar a formular el problema jurídico, estima la Sala pertinente aclarar que en el presente asunto no se está frente a una conducta temeraria como lo alegan tanto la entidad demandada como el juez de instancia. La tutela instaurada por el peticionario está justificada: de una parte, se trata de un problema jurídico distinto al planteado en la primera demanda pues tiene como objeto definir si el ensure - que no es una medicina sino un reconstituyente alimenticio - debe ser suministrado por las EPS así no esté incluido en el

POS; de otra, se trata de un enfermo de VIH/SIDA y, como tal, es sujeto de especial protección por mandato constitucional, legal y reglamentario. A lo anterior se une, por un lado, que la EPS venía suministrando el suplemento alimenticio pero de un momento a otro suspendió tal suministro y, por otro, que las EPS suelen exigir la presentación de una tutela para cumplir con las prestaciones a las que están obligadas por la Constitución, por la Ley y por el Reglamento.

Considera la Sala que esta manera de proceder de las EPS distorsiona por entero el sentido y el alcance que, como lo indicará la Sala en sus consideraciones, le subyace a la protección del derecho fundamental a la salud tanto en el plano nacional como en el ámbito internacional. De esta manera, estima la Sala que no se le puede achacar temeridad al actor cuando son las mismas EPS las que estimulan esa práctica negándose a prestar el servicio al que están obligadas hasta tanto no exista una tutela que así lo indique.

3.- Problema jurídico y presentación del caso concreto objeto de estudio

El actor instauró acción de tutela en contra de la EPS Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional Sucre, pues estimó que al negarse la mencionada entidad a suministrarle el suplemento nutricional ensure desconoció la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida (artículo 11 de la Constitución Nacional); a la salud (artículo 49 de la Constitución Nacional); a la seguridad social (artículo 48 de la Constitución Nacional); el derecho a la igualdad (artículo 13 superior); el derecho al respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución Nacional). La entidad demandada alega que no está obligada a suministrar el suplemento nutricional ensure al señor Jiménez por cuanto no se trata de una medicina y no está incluido en el POS. El juez de instancia deniega la tutela por estimarla improcedente.

En relación con los hechos que obran en el expediente debe la Sala de Revisión establecer si

una entidad prestadora del servicio de salud desconoce los derechos a la vida (artículo 11 de la Constitución Nacional); a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución Nacional) y a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Nacional) de un paciente que convive con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA) al negarle la entidad el suministro del suplemento alimenticio ensure.

Para responder la pregunta formulada, la Sala de Revisión se referirá a: (i) la protección del derecho fundamental a la salud en el orden constitucional colombiano; (ii) la especial protección que reciben los enfermos de VIH/SIDA tanto en el orden constitucional como en el plano internacional; (iii) la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; (iv) la obligación por parte de las Empresas Prestadoras de Salud de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del POS cuando se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional; (v) el caso concreto.

(i) Protección del derecho fundamental a la salud en el orden constitucional colombiano

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el artículo 49 de la Constitución Nacional se establece, entre otras cosas, que “la atención de la salud (...) [es] un servici[o] públic[o] a cargo del Estado.” Se dispone, además, que se garantizará a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” El derecho a la salud ha recibido un amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, en sentencia T-246 de 2005, la Corte entiende el derecho a la salud como la “facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.” Aquí la Corte no hace más que retomar la definición propuesta en la sentencia T-597 de 1993 reiterada también por la sentencia T 1218 de 2004.

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. En este sentido se pronunció la sentencia T-406 de 1994. Esta jurisprudencia ha sido reiterada y profundizada por otros fallos de la Corte. Así, se marcó una distinción entre los derechos llamados derechos liberales, de autonomía o de primera generación y los derechos denominados prestacionales, económicos o de segunda generación, entre los cuales solía ubicarse el derecho a la salud. Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta 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. Es decir, se vuelve preciso distinguir entre la fundamentalidad de un derecho y la eficacia que él pueda tener en la práctica, tanto más cuanto la efectividad de derechos calificados corrientemente como fundamentales – la libre expresión del pensamiento, por ejemplo – también depende de la existencia de normas presupuestales y administrativas y de procedimientos que hagan viable y optimicen la eficacia de ese derecho.

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. El Estado tiene un amplio margen para decidir la forma como habrá de proteger el derecho fundamental a la salud y en este sentido, tal como lo señala el artículo 49 de la Constitución Nacional, “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.”

Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está

íntimamente conectada con la realización misma del Estado social de derecho y de todos los propósitos que se derivan del artículo 2º de la Constitución. Por tal razón, no puede derivar, en un servicio 'pro forma' que se presta tan solo porque así lo exige una disposición determinada, sea ella constitucional, legal o reglamentaria, pero que en el menor descuido da paso a alegar excusas de tipo formal para dejar de prestarse. O lo que es aún peor: ofrecerse solo cuando se ha puesto en marcha la actividad judicial promovida precisamente ante la falta de prestación del servicio.

La adecuada y eficiente prestación del servicio de salud tiene que convertirse en un propósito real de la acción estatal y de los particulares que presten este servicio, orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad. En este orden de ideas, se hace imprescindible que las entidades prestadoras del servicio público de salud – privadas o públicas – se convenzan del papel que les está dado cumplir en la realización del Estado social de derecho y ofrezcan no sólo un servicio porque así lo disponen las normas y mientras no aparezca una excusa para dejar de prestarlo, sino que en realidad se propongan prestar un servicio de calidad, transparente y efectivo.

La calidad, transparencia y efectividad del servicio dependerá, en gran medida, de la capacidad que tengan tales entidades prestadoras del servicio público de salud de seguir con diligencia y cuidado la historia clínica de sus afiliados a fin de garantizar una atención oportuna y adecuada que, de no ofrecerse a tiempo o de interrumpirse a destiempo, podría generar costos adicionales y romper de manera abrupta con el equilibrio presupuestal ocasionando mayores costos y enormes perjuicios para la vida y la dignidad de las personas. Desde este punto de vista, las campañas preventivas así como las políticas de seguimiento a los tratamientos ordenados, cumple una tarea de gran importancia. Ninguna de estos dos asuntos podría llevarse a cabo de no asegurarse la garantía de continuidad en la prestación del servicio público de salud indispensable para cumplir con los cometidos constitucionales. En este sentido se pronuncia la Corte en sentencia T-150 de 2000:

“cuando la vida y la salud de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos contemplados en normas legales o reglamentarias que están supeditadas a la Constitución, cabe inaplicarlas en el caso concreto en cuanto obstaculicen la protección solicitada. En su lugar el juez debe amparar los derechos a la salud y a la vida teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos superiores, que los hacen inviolables.”

(ii) Especial protección que reciben los enfermos de VIH/SIDA tanto en el orden constitucional como en el plano internacional

En párrafos anteriores tuvo la Sala oportunidad de destacar la importancia del derecho fundamental a la salud. Lo expuesto en relación con la protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho fundamental de la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Así lo expresa la observación 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la cual el Comité fija el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto¹. Por medio de la Observación 14 recordó el Comité sobre el Pacto de Derechos sociales, Económicos y Culturales que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.” (Subrayas fuera de texto).

Lo dicho por el Comité mediante la Observación 14 cobra especial relevancia en el presente asunto. El Comité insiste en que el derecho fundamental a la salud no puede entenderse de ninguna manera como un derecho a estar sano. Implica, más bien, “un derecho al disfrute de

toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.” La observación 14 del Comité enfatiza la necesidad de realizar una interpretación amplia del concepto de salud contenida en el párrafo 1º, artículo 12 del Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Recomienda el Comité prestar atención al precepto contenido en el párrafo segundo del mismo artículo pues sólo de ese modo es posible reconocer que “la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.” (Subrayas fuera de texto).

En este orden de ideas, es factible afirmar que la salud es un derecho fundamental que envuelve - como sucede también con todos los demás derechos fundamentales - prestaciones de orden económico a fin de garantizar de modo efectivo su protección. Ahora bien, tal como se indicó más arriba es preciso no confundir la fundamentalidad del derecho a la salud con los costos en los que se hace necesario incurrir para lograr su eficaz protección. A ese respecto es muy clara la observación 14 del Comité cuando admite que el Pacto “establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles.” Lo anterior no significa, sin embargo, que la salud deje de ser un derecho fundamental. Justamente en este sentido, agrega la observación 14, el Pacto también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato (...) “como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En relación con la necesidad de afrontar el problema de salud pública en que se ha convertido el manejo del VIH/SIDA en los distintos Estados se ha intentado también abrir caminos en el orden internacional. ONUSIDA, por ejemplo, es un programa de Naciones

Unidas destinado a coordinar las actividades de los distintos organismos especializados de la ONU en su lucha contra el SIDA². Existe además un relator especial³ sobre el derecho a la salud quien ha prestado mucha atención a las cuestiones relacionadas con el VIH/SIDA. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha adoptado, a su turno, diversas resoluciones sobre VIH/SIDA. Gran proyección ha tenido la resolución relativa al acceso al tratamiento del VIH/SIDA mediante la cual se ha logrado catalizar el compromiso político de los distintos Estados frente a la necesidad de generar y desarrollar estrategias serias tanto para afrontar el aspecto de prevención de contagio de la enfermedad como para mitigar los efectos de la misma cuando no se ha podido prevenir.

La Constitución Nacional, por su parte, confiere a lo largo de varias de sus disposiciones una especial protección a las personas puestas en situación de desventaja o en circunstancias de especial vulnerabilidad. Justamente en este sentido se pronuncia el párrafo tercero del artículo 13 superior: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que con ellas se cometan.” No cabe duda que los enfermos de VIH/SIDA están colocados en una situación de evidente vulnerabilidad y merecen, por tal motivo, una especial consideración.

En esta misma línea de orientación el Congreso Nacional expidió la Ley número 972 de 2005 “Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/SIDA.” En el artículo primero de esta Ley se establece, entre otras cosas, que la atención integral estatal y la lucha contra la enfermedad será una prioridad para la República de Colombia y que el Estado, así como el entero Sistema General de Seguridad Social en Salud, habrán de garantizar “el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas, de acuerdo con las competencias y las normas que debe atender cada uno de ellos.” En el mencionado artículo se destaca de igual modo la importancia de fortalecer la cooperación con la Organización de Naciones Unidas y con la Organización Mundial de la Salud y, en ese

sentido, se institucionaliza el día primero de diciembre de cada año como el Día Nacional de Respuesta al VIH y el SIDA⁴.

Como se ve, el derecho fundamental a la salud de los enfermos de VIH/SIDA recibe una doble protección: en el ámbito interno y en el ámbito internacional a fin de lograr que el tratamiento frente al VIH/SIDA no sólo sea integral sino también continuo y oportuno.

(iii) Derecho a la continuidad en la prestación del servicio público de salud: su relación con el principio de efectividad, con el principio de eficiencia y con el principio de confianza legítima

Han sido reiteradas las ocasiones en las cuales esta Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de que los servicios públicos se presten de manera efectiva. La Corte Constitucional ha entendido que la prestación efectiva de los servicios públicos está estrechamente conectada con la continuidad en su prestación que supone, a la vez, la prestación sin interrupciones, permanente y constante del servicio⁵. El alcance que la Corte ha fijado al principio de continuidad del servicio público de salud es bastante amplio, en especial, cuando está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la salud y la dignidad.

El principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud también está relacionado con el principio de eficiencia. Esta Corte ha afirmado de manera reiterada que:

“el principio de eficiencia no solamente tiene que ver con la eficacia y la adecuada atención, sino con la continuidad en la prestación del servicio (SU.562/99). Esto es particularmente importante tratándose de la salud. Se debe destacar que la eficiencia debe ser una

característica de la gestión. La gestión implica una relación entre el sistema de seguridad social y sus beneficiarios. La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático.”

La naturaleza misma del servicio público de salud en virtud de lo establecido por el artículo 49 de la Constitución Nacional, se conecta de modo necesario con la permanencia del servicio, así que no puede admitirse su interrupción. Si a lo anterior se añade el carácter obligatorio de los servicios es factible sostener como lo hizo la Corte en sentencia T-889 de 2001 que:

“[e]l Estado es responsable de garantizar que las entidades de la seguridad social -públicas o particulares- estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios. Allí radica uno de los fines esenciales de la actividad que les compete según el artículo 2º de la Carta” (subraya no original).

La continuidad en la prestación del servicio público de salud se ha protegido no solo en razón de su conexión con los principios de efectividad y de eficiencia sino también por su estrecha vinculación con el principio establecido en el artículo 83 de la Constitución Nacional de acuerdo con el cual “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.” Esta buena fe constituye el fundamento sobre el cual se construye la confianza legítima, esto es, la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado.

(iv) Bajo el cumplimiento de ciertos requisitos las EPS están obligadas a suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del POS

Con el fin de evitar que una reglamentación legal o administrativa obstaculice el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, la Corte Constitucional ha inaplicado en varias ocasiones una reglamentación en este sentido y ha dado prioridad a la vigencia de los preceptos contenidos en la Constitución. Bien sabido es, que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 superior, la Constitución vincula a todas las autoridades públicas y a todos los ciudadanos sin excepción⁶. En caso de abierta incompatibilidad entre los preceptos legales o administrativos y la Constitución tiene prioridad la aplicación de los preceptos constitucionales.

Ahora bien, en esta oportunidad debe establecer la Sala de Revisión si se cumplen los requisitos fijados por vía de la jurisprudencia constitucional para efectos de inaplicar una ley o un reglamento que impida el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la salud⁷. Antes de proceder al examen del caso concreto, repasa la Sala la jurisprudencia constitucional en relación con este asunto y encuentra que dentro de las condiciones exigidas por la Corte Constitucional se tienen las siguientes:

(i) la exclusión del medicamento o tratamiento del Plan Obligatorio de Salud contenida en la disposición legal o reglamentaria ha de amenazar los derechos constitucionales fundamentales de la persona a quien fueron negados esos procedimientos; (ii) el medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico no debe poder ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud; (iii) el paciente debe acreditar que no dispone de capacidad económica para sufragar los gastos que implica el medicamento o el tratamiento requerido y debe asegurar que no puede acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; (iv) el medicamento o tratamiento debe haber sido

prescrito por el médico tratante a la cual se encuentre afiliado el peticionario. (v) Una vez cumplidos estos requisitos, no puede negarse la EPS a prestar el servicio. Con miras a salvaguardar el equilibrio financiero, tiene derecho la entidad a repetir contra el Estado y, más específicamente, contra el FOSYGA⁸. Visto lo anterior, procede la Sala a abordar el examen del caso concreto.

(v) El caso concreto cumple con los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para solicitar el suministro del ensure - suplemento nutricional que no está incluido en el plan obligatorio de salud (POS)

Luego de abordar los puntos referentes al sentido y alcance del derecho fundamental a la salud en el ordenamiento constitucional y en el ámbito internacional; de destacar la importancia de la continuidad en la prestación del servicio de salud y de establecer que, en casos excepcionales cuando se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, debe la entidad prestadora de salud suministrar un medicamento o un tratamiento no contenido en el plan obligatorio de salud (POS), pasa la Sala a resolver el problema jurídico que plantea la acción de tutela instaurada en esta oportunidad. En este orden de ideas, debe determinar la Sala si el asunto bajo análisis cumple con los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para poder solicitar el suministro del ensure - suplemento nutricional que no está incluido en el plan obligatorio de salud (POS) -.

En el caso concreto, el médico tratante considera de vital importancia para ofrecer una atención integral al señor Jiménez Redondo, que le sea suministrado - a la par de los medicamentos - el complemento nutricional ensure. De este modo, se le ofrece al paciente la posibilidad de fortalecer su sistema inmunológico debilitado como consecuencia de la enfermedad y se le facilita, así mismo, llevar una vida que se ajuste a un mínimo de calidad. En relación con esto, se distingue por lo general entre al menos los siguientes tipos de tratamientos: los de tipo preventivo, los de tipo reparador y aquellos orientados a mitigar los efectos negativos de la enfermedad y a brindar, en tal sentido, un mínimo de calidad de vida

a los pacientes.

En el caso de los pacientes que sufren la enfermedad del VIH/SIDA, la ingestión del suplemento nutricional se puede considerar como parte de un tratamiento con efectos mitigadores. Así opina el médico tratante en este caso específico y esta orientación es ampliamente compartida - tanto que las EPS suelen suministrar el suplemento alimenticio tal como aconteció en el caso bajo examen durante un lapso (ver comprobantes a folios 9-10 del expediente). Con frecuencia se olvida, no obstante, que el aspecto mitigador del tratamiento es clave para la asistencia integral de quienes sufren esta suerte de enfermedades pues puede contribuir a fortalecer su estado físico, psíquico y emocional y, en ese orden de ideas, puede conducir a reincorporarlos en la vida familiar, social, laboral y económica así sea de manera provisional. Cierto es, entonces, que el ensure no es un medicamento. No lo es menos, sin embargo, que el tratamiento de una enfermedad catastrófica, como lo es el VIH/SIDA, debe tener en cuenta también el efecto mitigador que con él se pueda propiciar de modo que se eviten las consecuencias más negativas de la enfermedad y se ofrezca una atención realmente integral a los enfermos - así como lo exige la legislación nacional e internacional -.

En párrafos anteriores se expuso que, en materia de regulación de enfermedades catastróficas como el VIH/SIDA, no solo concurren puntos de apoyo constitucionales. También a nivel legal⁹ y reglamentario¹⁰ existen preceptos orientados a exigir una asistencia integral para estos enfermos¹¹. No pueden dejar de mencionarse, de nuevo, los esfuerzos que se realizan a nivel internacional en relación con la necesidad de prevenir el contagio de la enfermedad así como con la exigencia de mitigar los sufrimientos y las dolencias de quienes la padecen, allí donde no ha sido posible prevenirla. No está de más recordar en este lugar, que, según la Organización Mundial de la Salud, la salud no debe entenderse tan sólo como ausencia de enfermedad o invalidez. La salud implica simultáneamente un bienestar físico y social y se podría agregar, también, psíquico así como emocional.

Así las cosas, estima la Sala que en el caso bajo examen se cumple a satisfacción con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional - expuestos con antelación - para obligar a las EPS a reconocer medicinas y tratamientos por fuera del POS. De un lado, el suplemento nutricional ensure fue recetado por el médico tratante como parte de la atención integral que exige la enfermedad catastrófica padecida por el actor. De otro, la entidad demandada ante quien el actor ya había acreditado su incapacidad económica para asumir los costos del tratamiento, venía suministrado el complemento nutricional y de un momento a otro dejó de hacerlo. Con ello desconoció el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud - al cual se hizo referencia más arriba - y vulneró los derechos constitucionales fundamentales del peticionario. Por lo demás, no existe dentro del POS otro suplemento nutricional que pueda sustituir al ensure.

Con fundamento en lo anterior, la Sala de Revisión decide amparar los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana del señor Fredy Jiménez Redondo y resuelve ordenar a la entidad demandada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente sentencia proceda a suministrarle al señor Jiménez el complemento nutricional ensure. Con el propósito de salvaguardar el equilibrio financiero, recuerda la Sala que la entidad demandada tiene derecho a repetir contra el Estado y más concretamente contra el FOSYGA.

En mérito de lo expuesto la Sala de Revisión

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR, por las razones consignadas en esta providencia, el fallo proferido por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Sincelejo, de fecha 26 de octubre de 2005, despacho que

conoció en única instancia la acción de tutela de la referencia, a través del cual consideró no tutelar los derechos fundamentales invocados.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS. Seguro Social Seccional Sucre, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, suministre el suplemento alimenticio -ensure- al señor Fredy Jiménez Redondo, en la forma prescrita por el médico tratante.

TERCERO. Señalar que a la EPS Seguro Social Seccional Sucre- le asiste el derecho de reclamar al FOSYGA los gastos asumidos por el suministro del suplemento alimenticio.

CUARTO. - LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Secretaria General

1 “Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que ‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen ‘el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho’. Además, el derecho a la salud se reconoce,

en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”

2 Tiene su sede en Ginebra Suiza. Con ONUSIDA trabajan las siguientes Agencias: La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR; el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF; el Programa Mundial de Alimentos PMA; el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD; el Fondo de Naciones Unidas para la Población FNUAP; la Organización Internacional de Control de Estupefacientes OICE; la Organización Internacional del Trabajo OIT ; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO; la Organización Mundial de la Salud OMS; el Banco Mundial.

3 Nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en septiembre de 2002. Según lo expuesto en la página de ONUSIDA “Las cuestiones relativas al SIDA también se han integrado en el trabajo de otros relatores especiales, expertos independientes y representantes especiales sobre la situación de los derechos humanos en Camboya, Haití, Liberia, Myanmar, Somalia, Uganda y Yemen. Además, diversos relatores temáticos están vigilando los derechos relacionados con el SIDA. Entre ellos figuran los relatores especiales sobre la violencia contra la mujer, la vivienda, y los derechos humanos de los migrantes.”

4 Especial importancia para el tema que nos ocupa adquieren los artículos 2º y 3º de la Ley 972 de 2005:

“ARTÍCULO 2o. El contenido de la presente ley y de las disposiciones que las complementen o

adicionen, se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna y considerando en todo caso la relación médico-paciente.//Se preservará el criterio de que la tarea fundamental de las autoridades de salud será lograr el tratamiento y rehabilitación del paciente y evitar la propagación de la enfermedad.”

“ARTÍCULO 3o. Las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a un paciente infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas.//El paciente asegurado será obligatoriamente atendido por parte de la EPS. Si este perdiera su afiliación por causas relativas a incapacidad prolongada, no podrá suspenderse su tratamiento y la EPS en ese caso, recobrará a la subcuenta ECAT del Fosyga según la reglamentación que se expida para el efecto.//El paciente no asegurado sin capacidad de pago será atendido por la respectiva entidad territorial con cargo a recursos provenientes de oferta de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida.//Parágrafo. La violación a lo dispuesto en la presente ley, por las EPS/IPS, públicas o privadas, sin perjuicio a las acciones civiles y penales que se deriven, generará sanción equivalente a multa, la primera vez, por doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes y, la reincidencia, multa equivalente a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.// Las investigaciones, multas y sanciones aquí previstas estarán a cargo de la Superintendencia de Salud o quien haga sus veces, la que podrá delegar en las Secretarías Departamentales y Distritales de Salud, las cuales actuarán de conformidad al proceso sancionatorio de que trata el Decreto 1543 de 1997 que, para el presente caso, no superará los sesenta (60) días hábiles. El no pago de las multas será exigible por cobro coactivo, constituyéndose la resolución sancionatoria, debidamente ejecutoriada, en título ejecutivo. Los dineros producto de multas irán con destino al Fondo de Solidaridad y Garantías Subcuenta, ECAT.””

5 En este sentido se pronuncia la sentencia de la Corte Constitucional T-618 de 2000.

6 Corte Constitucional. Sentencias T-119 de 2000 y T-036 de 2004.

7 Ver entre otras, SU-480 de 1997, T-283 de 1998 y T-409 de 2000.

8 Ver Corte Constitucional. Sentencias SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001, entre otras

9 Ley 972 de 2005, mencionada más arriba.

10 En este sentido se expresa el Decreto 1543 de 1997 por medio del cual se regula lo concerniente a la enfermedad del SIDA/VIH y prescribe, entre otras cosas: "Que de acuerdo con la Constitución Política de 1991, la Ley 100 de 1993 y la Ley 10 de 1990, la Seguridad Social es un servicio público obligatorio y es un derecho de todos los habitantes del territorio nacional; //Que la infección del síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) se ha incrementado considerablemente en los últimos años en la población colombiana, tanto en hombres como en mujeres y menores de edad, a pesar de los avances científicos, comportando una seria amenaza para la salud y la vida de todas las personas, por lo que se hace necesario expedir las normas correspondientes en desarrollo de la función de control y prevención; // Que por su naturaleza infecciosa, transmisible y mortal, tanto el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), requieren de un esfuerzo a nivel intersectorial y de carácter multidisciplinario para combatirlos; // Que la vulneración de los derechos fundamentales de las personas portadoras del VIH y que padecen el SIDA son cada vez más frecuentes, debido al temor infundado hacia las formas de transmisión del virus, por lo cual se hace necesario determinar los derechos y deberes de dichas personas y de la comunidad en general; // Que por lo anteriormente expuesto se hace necesario regular las conductas, acciones, actividades y procedimientos para la promoción, prevención, asistencia y control de la infección por VIH/SIDA." Especial relevancia adquieren aquí los artículos 8 y 9 del mencionado decreto que se transcribirán a continuación: "ARTICULO 8o. OBLIGACION DE LA ATENCION. Ninguna persona que preste sus servicios en el área de la salud o institución de salud se podrá negar a prestar la atención que requiera una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) asintomática o enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), según asignación de responsabilidades por niveles de atención, so pena de incurrir en una conducta

sancionable de conformidad con las disposiciones legales; salvo las excepciones contempladas en la Ley 23 de 1981.”

11 El Decreto 1543 de 1997 en su artículo 9º establece lo siguiente al respecto de la atención integral de los enfermos con VIH/SIDA. “ATENCIÓN INTEGRAL DE LA SALUD. La atención integral a las personas asintomáticas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y enfermas del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), de acuerdo con el criterio del equipo de salud y con sujeción a las normas técnico administrativas que expida el Ministerio de Salud, podrá ser de carácter ambulatorio, hospitalario, domiciliario o comunitario y tendrá su acción en las áreas de prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación. Esta incluirá los medicamentos requeridos para controlar la infección por el VIH y SIDA, que en el momento se consideren eficaces, para mejorar la calidad de vida de la persona infectada.”