

Sentencia T-173/03

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Suministro de medicamento para aliviar enfermedad

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Suministro de medicamento no contenido en listado oficial

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Condiciones en que procede por exclusión de medicamentos

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-660449

Acción de tutela interpuesta por Alicia Manchola de Aldana contra Cajanal y Unión Temporal Prosalud -Tolima - y Fiduciaria La Previsora de Ibagué.

Magistrado Ponente:

Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil tres (2003).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ÁLVARO TAFUR GALVIS, CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Y JAIME ARAUJO RENTERIA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué y por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Ibagué, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Alicia Manchola de Aldana contra Cajanal y Unión Temporal Prosalud Tolima y Fiduciaria La Previsora de Ibagué .

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Manifiesta la accionante que se encuentra vinculada a la EPS Prosalud a través de la Fiduciaria la Previsora de la ciudad de Ibagué, por ser docente en el Departamento del Tolima. Por presentar quebrantos de salud y al ser examinada por el médico tratante le fue diagnosticada la enfermedad denominada "CISTITIS CRÓNICA INTERSTICIAL", por lo cual en Junio 17 de 2002 , le fue formulada la droga conocida como "ELMIRON" (tres pastillas diarias, una cada ocho horas) como tratamiento en forma permanente. Al ser solicitado el medicamento, el suministro le fue negado, bajo el argumento de no poseer registro en el Invima y por consiguiente no ser posible conseguirlo en el país, por consiguiente debía ser sufragado por la accionante. Por lo anterior solicita, se ordene a los accionados el suministro del medicamento formulado, por el tiempo que sea necesario.

Allega con su escrito de demanda, a folio 2, comunicación de U.T. PROSALUD TOLIMA, en la cual se le informa a la accionante el motivo de la no entrega del medicamento y que "... En su defecto, podríamos asignar una cita con otro urólogo para definir si existe (sic) otras alternativas farmacéuticas que se consignan y comercialicen en el país."

2. Contestación de la entidad demandada

La Unión Temporal Prosalud -Tolima-, en comunicación visible a folios 37 y 38 del cuaderno de primera instancia, informa que los medicamentos son suministrados, teniendo en cuenta los términos del contrato efectuado con la Fiduciaria La Previsora, es decir : " El suministro general de medicamentos estará bajo responsabilidad total del contratista para lo que se tendrá en cuenta los medicamentos disponibles en el mercado nacional esto es: que exista oferta regular y autorizada del medicamento en Colombia; en ningún caso se incluirán medicamentos que se encuentren en etapa experimental". Igualmente manifiesta : " Consultamos al médico que lo formuló y nos informó que este medicamento no lo venden en el país, por tal razón nos sujetamos a los Términos de Referencia...."

3. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

Para verificar los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela de la referencia, el Magistrado Ponente, ordenó mediante auto de Enero veintidós del año en curso, oficiar al INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS -INVIMA-, para que

en el término improrrogable de tres (3) días, y bajo la gravedad del juramento, informara a esta Sala, si el medicamento ELMIRON posee registro ante esa entidad, si se encuentra en el mercado y si actualmente se vende en Colombia, e igualmente indicara si el mismo puede ser sustituido por otro que tenga los mismos efectos para el tratamiento de la “Cistitis Crónica Activa (Intersticial)”.

Se ordenó oficiar al Ministerio de Salud, con el fin de que informara a esta Sala si el medicamento ELMIRON se encuentra dentro de los medicamentos del Plan Obligatorio de Salud.

De la prueba ordenada, se obtuvo respuesta del Ministerio de Salud, vía fax, en Enero 28 del año en curso, en escrito en el cual se informa que :“...El medicamento ELMIRON, cuyo principio activo es Pentosán Polisulfato Sódico, no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud Al revisar la base de datos del INVIMA no se encuentra el medicamento ELMIRON ni su principio activo en Normas Farmacológicas. Al no encontrarse en normas farmacológicas y en el INVIMA, el producto no tiene Registro Sanitario y no estaría autorizado para su comercialización en el País.”

Igualmente se obtuvo respuesta del INVIMA, en Febrero 6 de 2003, donde se indica: “...previa verificación en el sistema no se encontró que el medicamento ELMIRON posea Registro Sanitario INVIMA, como consecuencia y por no conocer el principio activo del mismo , no es posible indicarle si este puede ser sustituido por otro.....”

I. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

La demanda correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué, quien negó la acción interpuesta, bajo el argumento de no estar comprometida la vida de la accionante, por el no suministro del medicamento formulado; que no se encuentra dentro de las personas de la tercera edad o que se trate de una persona que constitucionalmente goce de una especial protección.

En segunda instancia, la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Ibagué, confirma la

decisión anterior, por las mismas consideraciones del a-quo y por cuanto ha sido la misma actora, quien no ha vuelto a asistir al consultorio correspondiente, para que una vez efectuada una nueva valoración con un Ginecólogo diferente, este determine alternativas farmacéuticas que se consiguen y comercializan en el país.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, al igual que en cumplimiento del auto de la Sala de Selección No. Siete de esta Corporación, de fecha 22 de julio de 2002.

2. El derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas.

El derecho a la salud ha sido considerado por esta Corporación en principio como una garantía de carácter prestacional¹, que puede convertirse en un derecho fundamental cuando se encuentre estrechamente vinculado a otros derechos fundamentales que sí lo son, de tal manera que el desconocimiento de éste produzca como consecuencia la vulneración de aquéllos y así mismo lo considera como un derecho fundamental única y exclusivamente tratándose de menores de edad².

De manera que, en principio la acción de tutela no procede para amparar este tipo de derechos, cuya eficacia, igual que la del derecho a la seguridad social, depende de circunstancias ajenas a su núcleo esencial; sin embargo, para la procedencia de la acción de tutela en estos casos, se acude al criterio de la conexidad que permite amparar derechos no tutelables judicialmente siempre y cuando su protección se requiera para la reivindicación de un derecho con carácter indiscutiblemente fundamental³, como es el caso del derecho a la vida, cuando éste es puesto en peligro o efectivamente vulnerado cuando los servicios que componen el derecho a la salud del interesado, no son prestados por la entidad encargada de ello. En este caso, es viable el amparo constitucional, ya que está de por medio un derecho fundamental como el derecho a la vida.⁴

La jurisprudencia constitucional en torno al derecho fundamental a la vida que garantiza la Carta Política en su preámbulo y artículos 1, 2 y 11, ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes al desarrollo digno de todas las personas como el poder desarrollar dignamente las facultades inherentes al ser humano⁵. Es decir que el derecho 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, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho que establece el artículo 11 de la Constitución Política⁶.

Ahora bien, cuando una persona acude a la acción de tutela para lograr el suministro de un medicamento que puede ser el alivio de su enfermedad aunque no sea la cura de la misma, lo hace con la finalidad de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a una vida en condiciones dignas, así lo manifestó esta Corporación en Sentencia T-926 del 18 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz:

“Esta Corte ha sido clara al señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo, no se reduce al que está dirigido a obtener su curación; cuando se trata de enfermedades crónicas como la diabetes, y aún de las terminales, la persona tiene derecho a recibir todos los cuidados médicos dirigidos a proporcionarle el mayor bienestar posible mientras se produce la muerte, y a paliar las afecciones inevitables de los estados morbosos crónicos, que muchas veces son también degenerativos”.

Lo expresado anteriormente, nos lleva a concluir que la omisión en el suministro del tratamiento médico, puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida y por ende a una vida en condiciones dignas.

3. La exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.

Esta Corporación ha sostenido⁷, que si bien el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental⁸, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar

éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.⁹ De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente¹⁰, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas¹¹. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental.

Ahora bien, en cuanto a la orden de entrega de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia¹², ha inaplicado las normas legales tratándose de medicamentos que se encuentran excluidos del P.O.S. siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos para ordenar su entrega:

- * Que la exclusión amenace realmente los derechos constitucionales fundamentales del afiliado al sistema.

- * Que el medicamento excluido no pueda ser sustituido por otro con la misma efectividad y que sea previsto por el P.O.S.

- * Que el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento y,

- * Que haya sido prescrito por un Médico de la E.P.S.

Cumplidos los supuestos señalados, la Corte ha considerado que la reglamentación legal o administrativa se torna inconstitucional, pues pone en peligro derechos constitucionales fundamentales y, en consecuencia, debe inaplicarse para dar prevalencia a las disposiciones constitucionales¹³.

4. El caso concreto.

Afirmó la accionante, que por estar vinculada a las entidades demandadas y por presentar quebrantos de salud, fue atendida por el médico tratante diagnosticándosele la enfermedad denominada "CISTITIS CRÓNICA INTERSTICIAL", por lo cual en Junio 17 de 2002 , le fue formulada la droga denominada "ELMIRON" (tres pastillas diarias, una cada ocho horas) como tratamiento en forma permanente. Al ser solicitado el suministro del medicamento, le fue negado, bajo el argumento de no poseer registro en el Invima y por consiguiente no conseguirse en el país; motivo por el cual le indicaron que su costo debía ser sufragado por la interesada.

Prosalud, efectivamente negó el suministro del medicamento por cuanto el mismo no se encontraba dentro de los indicados en el POS y que : "...Consultamos al médico que lo formuló y nos informó que este medicamento no lo venden en el país...."

La entidad demandada negó el suministro del medicamento por considerar que de conformidad con el literal d) del artículo 4º de la Resolución 05061 del 23 de diciembre de 1997 expedida por el Ministerio de Salud, solo podrán prescribirse medicamentos que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y expendio en el país, y que para la entrega de estos dentro del Plan Obligatorio de Salud, se deben tener en cuenta ciertos criterios técnico-científicos que deben seguir los profesionales al servicio de la entidad accionada en su formulación, los cuales deben estar respaldados en los criterios de los especialistas a su servicio y en la racionalidad y pertinencia en su aplicación.

En efecto, la Resolución No. 05061 del 23 de diciembre de 1997, estableció en su artículo 4º, los criterios para la autorización de medicamentos esenciales no incluidos en el listado de medicamentos aprobado por el Comité Técnico-Científico de dicha entidad:

Artículo 4.- Criterios para la autorización. El Comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales, los siguientes criterios.

a. La prescripción de medicamentos no incluidos en el Listado de Medicamentos Esenciales, sólo podrá realizarse por el personal autorizado.

a. Debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva.

c) La prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas que éste consagra, sin obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto de sus indicaciones o del observar reacciones adversas intoleradas por el paciente o porque existan contraindicaciones expresas sin alternativa en el listado. De lo anterior deberá dejar constancia en la historia clínica.

a. Sólo podrán prescribirse medicamentos que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y expendio en el país.

a. Cuando se trate de la prescripción de medicamentos para atender enfermedades de alto costo en tratamientos hospitalarios o ambulatorios, estos deben ser asumidos por la entidad de aseguramiento con cargo al reaseguro de las mismas. (subrayas fuera del texto).

Pues bien, teniendo en cuenta el soporte probatorio se observa a folios 2 y 37 que la accionada U.T. PROSALUD Tolima le informó al juez de instancia que según información del médico tratante, el medicamento formulado no se conseguía en el país y que "...en su defecto, podríamos asignar una cita con otro urólogo para definir si existe otras alternativas farmacéuticas que se consigan y comercialicen en el país".

Tal solicitud no ha sido atendida ni aceptada por la accionante. Se infiere que no ha tenido la accionante la diligencia suficiente en acceder a una nueva valoración que pueda presentar otras alternativas para la mejora en su salud. Recuérdese a este respecto, que según lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación en situaciones similares, para que proceda la acción de tutela, se requiere también del accionante un mínimo de diligencia en orden a obtener la satisfacción de sus pretensiones por parte de quien esta obligado a atenderlas, es la única manera de establecer si éste, por acción u omisión ha incurrido en violación de sus

derechos fundamentales.14

Así mismo, a folios 67, 70 y 73 se observan comunicaciones del Ministerio de Salud y del Invima, con las cuales se confirma la manifestación efectuada por la accionada, con respecto a que el citado medicamento no posee Registro Sanitario y por lo tanto no se encuentra autorizado para comercializarse en el país. Por lo anterior y al no conocerse el principio activo del ELMIRON no se puede determinar si puede ser sustituido por otro que tenga los mismos efectos que el formulado.

Teniendo en cuenta que esta Corporación no sólo se ha limitado a amparar los derechos a la salud en conexidad con la vida ordenando la entrega de los medicamentos necesarios para restablecer la salud de los actores, sino que también ha considerado que para asegurar una vida en condiciones dignas que ayuden a superar la enfermedad o por lo menos a hacerla más llevadera se ha ordenado el suministro de medicamentos formulados por su médico tratante, así no figuren en el listado oficial y que su costo sea reclamado por la entidad promotora de salud al Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de Salud¹⁵, para decidir este caso, de conformidad con la jurisprudencia vigente, la Sala cuenta con los siguientes elementos:

1. Un concepto médico que ordena un medicamento determinado, que a juicio del propio médico tratante, no se consigue en el país; el médico tratante no informa si ese es el único medicamento que solucione los problemas de salud a la accionante como sí sucedió en un caso similar resuelto en la sentencia T-975 de 1999 y que permitió conceder la tutela porque no se vislumbraban otros medicamentos con resultados similares al negado.

2. Y se tienen de presente los informes de las entidades autorizadas que confirman que el medicamento no posee registro sanitario y por ende no es posible su comercialización en el país.

La Sala considera sin embargo, que si en el presente caso, existen otras opciones farmacéuticas que puedan ayudar a la accionante a la recuperación de su salud, a ellas es preciso acudir y por ello, se concederá el amparo, bajo la siguiente orden :

Se dispondrá que la UT. Prosalud programe y la accionada asista a una cita médica con un médico especialista - Urólogo - , para que previa la valoración correspondiente, y con la

opinión de una Junta médica de especialistas en la materia, se le formule un medicamento de los que se encuentren en el POS o de aquellos que presenten Registro Sanitario en el Invima, para el tratamiento efectivo de la “Cistitis Crónica Intersticial”, siempre y cuando se demuestre por los especialistas, que los efectos del medicamento prescrito y del posiblemente sustituto contemplado en el listado oficial sean los mismos.

En caso de que el medicamento autorizado no se halle en el listado del POS, la EPS puede repetir contra el Fosyga por los costos en los que incurra en la consecución del mismo.

En el evento en que el médico tratante o el especialista consultado coincidan en que la única droga para paliar la enfermedad de la accionante es el medicamento ELMIRON, la EPS dispondrá lo necesario para conseguir el medicamento, pudiendo igualmente hacer el recobro al Fosyga.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Segundo. ORDENAR a la UT. PROSALUD TOLIMA, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de esta sentencia, programe y se asegure de que la accionada asista, a una cita médica con un médico especialista - Urólogo - para que previa valoración , y con la opinión de una Junta médica de especialistas en la materia, se le formule un medicamento de los que se encuentren en el POS o de aquellos que presenten Registro Sanitario en el Invima, para el tratamiento efectivo de la “Cistitis Crónica Intersticial”, siempre y cuando se demuestre por los especialistas, que los efectos del medicamento prescrito y del posiblemente sustituto contemplado en el listado oficial sean los mismos.

En caso de que el medicamento autorizado no se halle en el listado del POS, la EPS puede repetir contra el Fosyga por los costos en los que incurra en la consecución del mismo.

En el evento en que el médico tratante o el especialista consultado coincidan en que la única droga para paliar la enfermedad de la accionante es el medicamento ELMIRON, la EPS dispondrá lo necesario para conseguir el medicamento, pudiendo igualmente hacer el

recobro al Fosyga.

Tercero. Prevenir a la accionante Alicia Manchola de Aldana, para que asista a la cita que en cumplimiento de esta sentencia debe conceder la accionada, para los fines indicados en el numeral anterior.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Corte Constitucional, Sentencia SU- 111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

4 Consideraciones expuestas en la sentencia T.- 975 de 1999M. P. Alvaro Tafur Galvis.

5 Corte Constitucional, Sentencia T-926 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

7 Cfr. sentencia T-839 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

8 Corte Constitucional. T-395 de 1998; T-076 de 1999; T-231 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

9 Ver Sentencia No T-271 de 1995. Sentencia T-494 de 1993. Sentencia T- 395/98.

10 Al respecto se deben consultar las 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, T-171 de 1999, entre otras.

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

12 Consultar, entre otras, las sentencias T-648 de 1996, T-125 de 1997, T-480 de 1997, T-606 de 1997, T-329 de 1998 y T-409 de 2000.

13 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

14 T- 1113 de 2002

15 Corte Constitucional, Sentencia T-926 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.