

Sentencia T-180/13

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Fundamental autónomo

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia/DERECHO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD QUE SE REQUIERE CON NECESIDAD-Reiteración de jurisprudencia

Toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS. No procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y que se excluya la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta lo anterior, en principio, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrar los procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos que se requieran, siempre y cuando éstos sean vitales para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de las personas.

TRATAMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-Condiciones de eficacia de procedimientos médicos experimentales

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Caso en que se solicita examen oncotipe DX el cual no está incluido en el Pos, cuyo procedimiento tiene carácter experimental y se realiza en el exterior

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden a EPS convoque al Comité Técnico Científico donde participe junta médica de especialistas en oncología, para determinar tratamiento a seguir para enferma de cáncer de seno

Referencia: expediente T-3.735.090

Acción de tutela presentada a través de apoderada por Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, contra la Nueva EPS.

Derechos fundamentales invocados: Derecho a la Salud – a la vida – a la integridad humana.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside – Alexei Egor Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, Bolívar, del 17 de julio de 2012, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil – Familia, el 7 de septiembre de 2012.

1. ANTECEDENTES

La señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, a través de apoderada presentó solicitud de tutela contra la Nueva EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la Salud, a la vida y a la integridad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no autorizarle la práctica de una prueba de Oncotype DX.

1.1 Hechos y razones de la acción de tutela.

1.1.2 Afirma que en el mes de febrero de 2012, se le realizó una mamografía bilateral, diagnosticándole cáncer de mama derecho en estado temprano y, como consecuencia de ello, fue remitida en el mes de abril del mismo año al médico mastólogo, quien ante la necesidad de determinar estadificación y tipificación ordenó exámenes de biopsia y una gammagrafía ósea.

1.1.3 Indica que los resultados arrojaron lo siguiente: (i) la gammagrafía ósea, señaló que "... no existe evidencia de alteraciones de la captación sospechosa de metástasis y probables cambios inflamatorios en la articulación acromioclavicular derecha, articulación glenohumeral izquierda, aspecto lateral derecho de L5-S1, rodillas, así como algunas articulaciones interfalángicas, especialmente las distales." (ii) la Biopsia de la glándula mamaria derecha, dictaminó "Carcinoma ductal grado nuclear 2, células tumorales positivas para queratina AE1 - AE3 y E-CADHERINA, receptores de estrógenos y progestágenos positivos con intensidad fuerte en el 70% de células tumorales, sobre expresión de ERB2 por inmunohistoquímica: negativa (0+), índice Ki67."

1.1.4 Sostiene que como consecuencia del anterior diagnóstico se le practicó una cirugía de mastectomía de seno derecho el día 14 de mayo de 2012, cuyos resultados de patología expedidos por la Clínica San Juan de Dios, arrojaron lo siguiente: "Carcinoma ductalinfiltrante, grado histológico II de la clasificación de Bloom Richardson (túbulos 3) grado nuclear 3 mitosis 1 puntaje 7/9 con necrosis y focal esclerosis."

1.1.5 Dice que en razón a lo anterior, su médico tratante adscrito a la Nueva EPS, especialista en Oncología, diagnosticó como "... enfermedad actual, CA ductal Inf Grado 2, vaciamiento limitado negativo para malignidad. Tamaño tumoral 3 cms. Se clasifica como un cáncer de mama estadio II A T2N0M0, se trata de un luminal A, tiene un KI-67 15% y fuerte representación de RE y RP"

1.1.6 Insiste que por ello, su médico tratante le expidió una orden para que se le practicara la prueba de Oncotype Dx, para establecer la necesidad de tratamiento con quimioterapia sistemática citotóxica o solo terapia endocrina. Por ser un tratamiento NO POS, el especialista presentó la justificación del examen.

1.1.7 Afirma, que la Nueva EPS remitió el caso al Centro Radio Oncológico del Caribe LTDA., donde el médico especialista solicitó una nueva cita para la paciente “lo más pronto posible con resultados de ONCOTYPE DX” para decidir sobre el tratamiento que se le debe suministrar a la paciente.

1.1.8 Aclara, que la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich en fecha del 25 de mayo de 2012, solicitó la autorización para el examen de Oncotype DX, anexando las solicitudes de los dos especialistas en oncología. Dice, que la Nueva EPS le aseguró que su caso se estaba estudiando, para una contratación a través del Instituto de Cancerología en Bogotá. Posteriormente le informaron que el citado Instituto no manejaba ese tipo de pruebas, y suministraron los datos de una empresa en Colombia que realiza en exclusiva el examen de Oncotype DX, denominada AMAREY NOVA MEDICAL S.A., ubicada en Bogotá.

1.1.9 Agrega, que el día 28 de junio de 2012, la Nueva EPS le informó a la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, que el servicio no fue autorizado por cuanto la prueba solicitada no se realizaba en el país.

1.1.10 Concluye la apoderada de la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, que su poderdante se ha visto afectada en su estado anímico entrando en una depresión, por cuanto a la fecha no ha recibido el tratamiento que requiere con urgencia para tratar el cáncer de mama del cual fue operada, por la falta de los resultados del examen de Oncotype DX, cuyo retardo pone en peligro su salud y hasta su vida.

1.2 Fundamentos y pretensiones.

La accionante solicita se amparen sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada al negarle un servicio médico de calidad, con lo cual, no solo estaría en la posibilidad de un tratamiento acertado y oportuno, que garantizaría su rehabilitación, sino la de tener alguna expectativa de recuperación por tratarse de una enfermedad catastrófica terminal.

1.3 Actuación procesal.

El Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, Bolívar, admitió la tutela el 5 de julio de 2012 y

solicitó a la Nueva EPS, para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich.

1.3.1 Contestación de la Nueva EPS.

Mediante escrito del 16 de julio de 2012, el Gerente Zonal de la Nueva EPS de Cartagena, manifestó que la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich se encuentra afiliada como cotizante pensionada encontrándose activa con una asignación base de \$1.543.000.00 pesos, demostrando capacidad económica.

Aseguró que no existió incumplimiento por parte de la entidad, teniendo en cuenta que el estudio Oncotype DX no se encuentra disponible en el país, por lo que sería una solicitud imposible de cumplir. Además, afirma que el laboratorio AMAREY NOVA MEDICAL S.A., “no realiza el estudio, solo toma la muestra y la envía a California (EU)” y la EPS no cuenta con vinculación contractual con dicho laboratorio.

Informó que el Oncotype DX es un estudio excluido del plan de beneficios del POS, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 029 de 2011. Aclaró, que es una prueba genética que permite analizar la expresión de 21 genes pronósticos y predictivos del cáncer de mama a partir del tejido tumoral, del cual no existe la evidencia suficiente sobre su utilidad en la mejora de resultados clínicos de las pacientes diagnosticadas con ese tipo de cáncer.

Explicó, que las empresas promotoras de salud solo prestan y cubren los servicios dentro del territorio nacional, para lo cual cuentan con IPS con amplia experiencia en el manejo de esa patología, personal altamente calificado y la infraestructura requerida por el Ministerio de Salud.

Por último afirmó, que el estudio solicitado fue tramitado a través del Comité Técnico Científico quien negó la petición, “... con una justificación científica, manifestando que dicho estudio no se encuentra debidamente autorizado para su uso, ejecución y realización por las normas vigentes expedidas por el INVIMA y las referentes a las normas de servicios de habilitación de servicios en salud en el sistema de garantía de la calidad consignadas en la resolución 3099 de 2009.”

En consecuencia concluyó, que no existió vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que se le han prestado todos los servicios en forma oportuna y de calidad, y por lo tanto, solicita se deniegue la acción impetrada.

1.3.2 Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.3.2.1 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich (folio 32).

1.3.2.2 Copia del resultado de estudio de la mamografía bilateral practicada a la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, de fecha febrero 6 de 2012, expedida por el Centro Médico Buenos Aires de Cartagena (folio 14).

1.3.2.3 Copia de la historia clínica de la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, expedida por la Fundación Clínica Universitaria San Juan de Dios (folios 15, 19, 22, 23 y 24).

1.3.2.4 Copia de los resultados de la gamagrafía ósea de la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, expedida por el Centro de Medicina Nuclear del Caribe Ltda. (folio 16).

1.3.2.5 Copia de los resultados de la biopsia según muestra tomada a la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, expedida por COMPENSAR, el día 2 de abril de 2012 (folios 17, 18, 20 y 21).

1.3.2.6 Copia de la consulta médica especializada realizada a la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, por el Centro Radio Oncológico del Caribe Ltda., el día 7 de junio de 2012 (folios 25, 26 y 27).

1.3.2.7 Copia fechada el 25 de mayo de 2012, mediante la cual la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, solicita a la Nueva EPS la práctica del examen de Oncotype DX (folios 29 y 30).

1.3.2.8 Copia de la negación del servicio por parte de la Nueva EPS, de fecha 28 de junio de 2012 (folio 31).

1.3.2.9 Copias de escritos que se refieren a los beneficios del examen de Oncotype DX, tomados de internet (folios 33 al 39).

1.3.3 Decisiones judiciales.

1.3.3.1 Mediante fallo de primera instancia del 17 de julio de 2012, el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, Bolívar, negó el amparo al declarar improcedente la acción de tutela, al considerar que la controversia escapa a la competencia del juez constitucional, y que la ley permite que en estos casos sea la Junta Técnica Científica de Pares, quien como ente administrativo de segunda instancia, debe emitir la declaración correspondiente, respecto al debate sobre la idoneidad del procedimiento médico.

1.3.3.2 El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil - Familia, mediante fallo de segunda instancia del 7 de septiembre de 2012, confirmó la anterior decisión, al considerar que no se evidenció la existencia de un perjuicio irremediable, por cuanto no hay gravedad y urgencia en los hechos que hagan procedente la acción constitucional ni como mecanismo transitorio.

2 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1 COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Una vez relacionados los antecedentes, la Sala de Revisión observa que el problema jurídico planteado tiene que ver con la afectación al derecho a la salud, a la vida y a la integridad humana, concretamente por la negativa de la EPS en autorizar la práctica del examen de Oncotype DX, que requiere la accionante para que se le determine el tratamiento a seguir de acuerdo a la enfermedad que padece.

Dado que el problema jurídico que se plantea ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, esta Sala de Revisión reiterará lo dispuesto por la jurisprudencia sobre la materia, agrupándolos de la siguiente forma: primero, el carácter fundamental del derecho a la salud; segundo, el derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad; tercero, si la respuesta de la EPS se ajusta a las obligaciones establecidas por esta Corporación en materia de autorización de tratamientos, medicamentos o suministros excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo POS; cuarto, las condiciones de eficacia de los tratamientos excluidos del POS: los procedimientos experimentales. Por último, se analizará el caso concreto.

2.2.1.1 El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[1]

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).”[2]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[3].

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[5], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[6]

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos, por ejemplo, las sentencias T- 494 de 1993[7] y T-395 de 1998[8]. En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose presa, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cubre a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal 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 o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los

probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En la sentencia T-395 de 1998, la Corte aun sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, a cerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en si mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo establece la sentencia T- 1081 de 2001[9], cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007[10], amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. [11]

Por último, en la Sentencia T-760 de 2008, la jurisprudencia de esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” [12]

En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.” [13]

De lo anterior se concluye, que cuando las entidades promotoras de salud se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos excluidos en el POS o POS-S, están vulnerando el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y la tutela es el medio idóneo para su protección [14].

2.2.1.2 Derecho fundamental autónomo a la salud de las personas de la tercera edad.

La Constitución Política señala expresamente en su artículo 13, el deber del Estado de implementar medidas encaminadas a garantizar la efectividad del derecho a la igualdad

material. Atendiendo lo anterior, esta Corporación ha considerado a las personas de la tercera edad como un grupo merecedor de una protección especial y reforzada, teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad.

Al respecto, la Corte ha manifestado:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran[15]”.

En consecuencia, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.

Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo[16]. En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008[17], expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la protección del derecho fundamental a la salud podría generar excepciones en la aplicación del régimen que se ha establecido en materia de seguridad social, el juez constitucional deberá observar para cada caso concreto, las circunstancias particulares del mismo.

2.2.1.3 La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de autorización

de tratamientos, medicamentos o suministros excluidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo POS.

Como ya lo habíamos señalado, la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

El Plan Obligatorio vigente está conformado por lo dispuesto en la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, y actualizada mediante el Acuerdo 029 de 2011[18].

De otra parte, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que “las Entidades Promotoras de Salud -EPS- en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” Esto comprende, entre otros, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo y de la calidad en la prestación de los servicios de salud.

Lo anterior quiere decir, que a partir de esta ley, la responsabilidad de las EPS es la de asegurar la prestación de los servicios de salud, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.

En ese orden de ideas, todo ciudadano puede acceder a cualquier tratamiento o medicamento, siempre y cuando (i) se encuentre contemplado en el POS, (ii) sea ordenado por el médico tratante, generalmente adscrito a la entidad promotora del servicio[19], (iii) sea indispensable para garantizar el derecho a la salud del paciente, y (iv) sea solicitado previamente a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud.[20]

Como quiera que el Plan Obligatorio también establece limitaciones y exclusiones por razón de los servicios requeridos y el número de semanas cotizadas, señalando que es constitucionalmente admisible toda vez que tiene como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, habida cuenta que éste parte de

recursos escasos para la provisión de los servicios que contempla.[21]

De esa forma la Corte determinó como primer criterio para la exigibilidad del servicio, relacionado con la procedencia de los medicamentos y procedimientos no POS, que se encuentren expresamente dentro de las normas y los reglamentos antes citados.

Sin embargo, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha ordenado procedimientos por fuera del POS. Es el ejemplo de la Sentencia SU-480 de 1997[22], que estudió varios casos de enfermos de VIH que demandaron al Instituto de Seguros Sociales y a la EPS Salud Colmena ante la negativa de suministrarles inhibidores de proteasa en la calidad y cantidad requeridos, con el fin de mejorar su calidad de vida. En ella la Corte afirmó que el derecho a la salud y a la seguridad social eran de carácter prestacional, y sólo fundamentales en conexidad con el derecho a la vida. Añadió que “En el caso en el que dicho medicamento no esté contemplado en el listado oficial, pero esté de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale, aunque no esté en el listado (...) poner la paciente a realizar trámites administrativos y procedimientos judiciales para acceder al medicamento implica agravarle su estado de salud y por ende, poner en riesgo su vida”[23].

Posteriormente la jurisprudencia constitucional consideró el derecho a la salud como fundamental, en los casos en que estaban involucrados sujetos de especial protección como, personas de la tercera edad, personas en condiciones de discapacidad y niños.

Es el caso de la Sentencia 1081 de 2001[24], con ocasión de la acción de tutela adelantada por un señor de 70 años al que su médico le había ordenado cirugía de catarata en el ojo derecho y la EPS se negó a suministrarle el lente intraocular y los medicamentos prescritos debido a que no estaban contemplados en el POS. En ella sostuvo, que “el derecho a la salud en los adultos mayores es un derecho fundamental y autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

Igualmente, la Sentencia T-069 de 2005[25] estudió el caso de una tutela interpuesta por el padre de un niño al cual le fue diagnosticada sensibilidad auditiva severa periférica comprometida de tipo sensorial severo, le fue ordenada la utilización permanente de audífonos, para lo cual el actor solicitó a la entidad de salud el suministro de los elementos.

Sanitas EPS emitió respuesta negativa indicando que no era un tratamiento contemplado en el Plan Obligatorio de Salud. El actor afirmó que no contaba con los recursos necesarios para acceder a los audífonos.

Siguiendo la misma línea de protección, en esa ocasión la Corte afirmó, que:

“la negativa de las entidades de salud en suministrar tratamientos, elementos y medicamento excluidos del POS a menores de edad, configura una vulneración a derechos fundamentales esenciales, más aún cuando se trata de menores de edad que se encuentran en condición de discapacidad. En esa situación, se está ante una persona sobre la cual se predica un doble deber de protección; “por una parte, por ser un menor de edad, cuyo derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y puede ser protegido mediante la acción de tutela; y por la otra, por sufrir de una discapacidad, lo que lo hace sujeto de que el Estado, directamente o a través de los medios correspondientes, le proporcione o facilite la protección especial a que tiene derecho, tal como lo consagra el artículo 13 de la Carta”[26].

Posteriormente en la Sentencia T-1331 de 2005,[27] se analizó el caso de una tutela interpuesta por el esposo de una señora de la tercera edad que sufría de hipertensión arterial, a quien el médico tratante le formuló determinados medicamentos que la EPS negó por cuanto no fueron prescritos por un médico adscrito a esa entidad. En ella, la Corte concedió el amparo de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, al considerar que debido a las características de especial vulnerabilidad de la agenciada por tratarse de un adulto mayor, el derecho a la salud es fundamental y autónomo el cual podía ser amparado por vía de tutela.

Ahora bien, la Corte en la citada sentencia se pronunció sobre el requisito según el cual los medicamentos deben estar formulados por el médico tratante adscrito a la EPS, y en donde el accionante alegó que debieron acudir a un médico particular, toda vez que en la red ofrecida por la EPS, no había la especialidad que requería la agenciada. Como quiera que la EPS no la desvirtuara, el Alto Tribunal Constitucional la dio por acreditada, y señaló que la falta de contratos con médicos especialistas no es justificación para que se omita la prestación de los servicios que requiere el paciente.

Es preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten

situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del plan obligatorio de salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico.

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio “requerir con necesidad”, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era “requerido” por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de “necesidad” del paciente.

Posteriormente la Corte[29] aclaró, que requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, “requerir con necesidad”. En ella, aclaró el concepto de “requerir”[30] y el de “necesidad”. Respecto al primero señaló que se concretaba en que “a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie.[31]”

Este criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008[32], adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió cuando precisó que:

“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.”[33]

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.[34]

Igualmente ha indicado que “una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (...) con necesidad.”[35]

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aun cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.[36]

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha

considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

En ese orden de ideas se puede concluir, que no procede la aplicación de la reglamentación de manera restrictiva y que se excluya la práctica de procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos, toda vez que no es constitucionalmente admisible que dicha reglamentación tenga prelación sobre la debida protección y garantía de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta lo anterior, en principio, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a suministrar los procedimientos, medicamentos, intervenciones o elementos que se requieran, siempre y cuando éstos sean vitales para preservar la salud y la vida en condiciones dignas de las personas.

2.2.1.4 Las condiciones de eficacia de los tratamientos excluidos del POS: los procedimientos experimentales.

Ahora bien, qué ocurre cuando se refiere a tratamientos o exámenes no autorizados en Colombia y por lo tanto deben realizarse en el exterior? Para resolver este interrogante, es preciso señalar lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho sobre la materia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido en casos excepcionales la procedencia de la tutela para ordenar procedimientos e intervenciones quirúrgicas excluidas del POS y que deban realizarse en el exterior, siempre que se haya verificado que no exista un tratamiento médico que lo sustituya en el país. Así lo precisó, la sentencia T-395 de 1998[37] cuando señaló que “... las EPS sólo están obligadas dentro del POS a suministrar los procedimientos con la tecnología existente en el país y a suministrar los servicios en salud a precios en moneda colombiana, cuando estén de por medio derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad física las EPS estarán obligadas a suministrarlos a la mayor brevedad y sin dilaciones. En tal caso, se les reconoce a éstas el derecho a exigir el reembolso de los gastos y sumas pagadas en exceso cuando dicho tratamiento, procedimiento o medicamento no esté incluido en el POS, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)[38]”.

En sentencia de unificación SU 819 de 1999[39], esta Corporación estableció que para la procedencia de este tipo de tratamiento o exámenes se requería: “(1) convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país.”[40]

Sin embargo a partir de la promulgación de la Ley 508 de 1999, se establece que en casos excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida de las personas, se autorizará la prestación del servicio de salud por fuera del Plan Obligatorio de Salud definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, mediante trámite especial, cualquiera que sea su naturaleza y lugar de realización, en Colombia o en el exterior.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-557 de 2000[41], declaró inexecutable, por vicios de forma, la Ley 508 de 1999, por medio de la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002”. Ello condujo a que la doctrina constitucional sobre la materia que venía sosteniendo esta Corporación hasta antes de la expedición de la Ley 508 de 1999, retomó toda su vigencia, la cual, como antes se reseñó, se circunscribía a que, tratándose de servicios de salud, medicamentos y procedimientos excluidos del POS, las normas legales eran inaplicables cuando estaba de por medio el derecho fundamental a la vida.

De esa forma, esta Corporación en la sentencia T-597 de 2001[42] al estudiar la solicitud de un padre, para que se le realizara a su hijo menor de edad un procedimiento denominado trasplante no mieloablativo de médula, el cual había sido negado por el Comité Técnico Científico al considerar que éste se encontraba en fase experimental, señaló lo siguiente:

“Para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación. Esta acreditación proviene por lo general de dos fuentes distintas. Por una parte, existe una forma de validación informal, que lleva a cabo la comunidad científica y por otra, una validación formal, expedida por entidades especializadas en acreditación, que pueden ser internacionales, gubernamentales o privadas. Dentro de estos procesos de acreditación

científica se estudian tanto las explicaciones analíticas de los procedimientos, como los resultados empíricos, es decir, se evalúa la forma de medición estadística de la efectividad de los resultados del respectivo tratamiento. Por definición, los tratamientos médicos experimentales son aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente.

10. El margen de incertidumbre respecto de la efectividad de un procedimiento experimental impide que se lo pueda considerar como un sustituto de procedimientos terapéuticos acreditados, pero excluidos del Plan Obligatorio de Salud. El derecho a la salud, y específicamente el acceso al servicio de recuperación de la salud, implican que las personas tengan acceso a aquellos servicios de salud cuyo nivel de efectividad sea determinable. Ello significa que un tratamiento considerado experimental, o que no haya sido aceptado por la comunidad médica como una alternativa terapéutica válida para una determinada afectación de la salud, no resulta aceptable ni es susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema. Así lo establece el inciso 2º del artículo 10 del Decreto Reglamentario 806 de 1998:

“Artículo 8º (...) En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, organización mundial de la salud y la organización panamericana de la salud.” (resaltado fuera de texto)”

Si los procedimientos experimentales excluidos del POS no pueden desplazar a los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, es precisamente porque no están acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. De tal forma, esta limitación impuesta a los servicios que el sistema debe cubrir es también una garantía para los usuarios, que les permite tener un nivel adecuado de certeza respecto de la eficacia de los procedimientos médicos. Esta garantía está encaminada a asegurar que los servicios les permitan recuperar su salud con un nivel de eficacia conocido y aceptable científicamente. Así, un correcto entendimiento del derecho de acceso a los servicios de recuperación de la salud implica que un procedimiento experimental no puede sustituir, en ningún caso, a otro

acreditado como alternativa terapéutica válida.”

En sentencia T-1018 de 2001[43], la Corte Constitucional señaló algunos parámetros relacionados con este tipo de solicitudes, así:

“Para el otorgamiento de prestaciones en el país o en el exterior por fuera del P.O.S. según las normas legales vigentes, se imponen algunos parámetros que resulta necesario introducir por la propia naturaleza del sistema para evitar así, la desviación de los recursos de la seguridad social, preservar la filosofía y viabilidad del sistema, y garantizar los principios constitucionales de la seguridad, del Estado social de derecho y de la prevalencia del interés general. Parámetros estos que como se anotó en precedencia, ya habían sido señalados e invocados por esta Corte a través de sus diversas Salas de Revisión y de la misma Sala Plena al unificar su jurisprudencia en materia del derecho a la salud (a partir de la sentencia SU-480/97), pero que ahora deben ser aclarados y precisados a partir de la expedición de la nueva normatividad legal:

a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).

c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.

d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.

e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.

De esta forma, no corresponde al juez de tutela, dado el carácter excepcional de éste medio de defensa judicial, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución, sino que, ante la inexistencia de otro medio de protección de carácter judicial, o frente a una situación de perjuicio irremediable que exija un amparo inmediato para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, se lleve a cabo en caso de existir oferta y de cumplirse las condiciones ya señaladas y las que dentro de su competencia corresponda definir al Consejo Nacional de Seguridad Social. Entonces, el juez de tutela deberá siempre consultar los términos y condiciones en que el procedimiento se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales del usuario.

f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.

g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.

i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.

j) Todos los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de la territorialidad del sistema.”

En igual sentido se pronunció esta Corporación en sentencia T-1330 de 2005[44] al estudiar un caso donde el accionante solicitaba un “trasplante de mucosa oftálmica a la médula espinales”. En ella estableció:

“A diferencia de las restantes prestaciones excluidas del POS cuando se trata de procedimientos, actividades, intervenciones o medicamentos de carácter experimental existe una expresa prohibición de su suministro con dineros provenientes del sistema general de salud, por lo tanto no podrían ser costeados por las entidades promotoras de salud ni por el Fondo de Seguridad y Garantía del Sistema General de Salud -FOSYGA-, ni en general por ninguno de los distintos planes que conforman el sistema. Tal prohibición resulta a juicio de esta Sala a priori razonable, entre otras razones debido “a las restricciones propias de un Estado que como el colombiano, carece de los recursos indispensables para suministrar este servicio con cubrimiento y con condiciones plenas, pues el déficit fiscal y presupuestario por el que atraviesa hace que los recursos destinados a la salud sean insuficientes”, tal como ha reconocido la jurisprudencia constitucional en diversas oportunidades. Entonces, dado que los recursos del sistema general de salud son escasos es razonable que se destinen a sufragar prestaciones que constituyan alternativas terapéuticas aceptadas por la comunidad científica y que se excluyan todas aquellas que tengan un carácter experimental.

(...)

En determinados eventos la prohibición absoluta del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones experimentales con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud, bien sea como un derecho fundamental autónomo o conexo, no sólo cuando este en riesgo la vida del peticionario sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o de mejoría. Por lo tanto corresponde a los jueces de tutela ponderar los diversos supuestos fácticos y jurídicos en juego en cada caso concreto, tales como el costo de la prestación solicitada, la información científica disponible, así como de los diversos principios señalados por la jurisprudencia constitucional, entre ellos el principio de justicia que supone la igualdad del acceso de la población a los beneficios de la ciencia.”

Por último, esta Corporación en sentencia T – 613 del 31 de julio de 2012[45], en un caso similar, negó por improcedente la solicitud de amparo al considerar que la práctica del examen definido como Oncotype DX 21, se presentaba como experimental, y consideró que la entidad demandada, a través de la Junta Médica de Especialistas en Oncología, debía determinar la efectividad del procedimiento, consultando los términos y condiciones en que se puede surtir desde el punto de vista científico, y las condiciones de salud especiales de la accionante. Así mismo, solicitó a la EPS para que determinara si el mismo procedimiento o uno similar, se podría surtir en el Territorio Nacional.

2.3 SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

El caso que se expone hace referencia a la posible vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad humana de la accionante, ante la negativa de la EPS en la autorización de un examen de Oncotype DX. Por este hecho, la Sala aplicará la jurisprudencia constitucional pertinente, e indicará las medidas que se adoptarán de acuerdo con las circunstancias del caso.

En el presente caso, la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, es una persona de la tercera edad, quien actualmente cuenta con 66 años de edad, y se encuentra afiliada en salud a la Nueva EPS.

Igualmente está demostrado dentro del proceso, que posterior a la cirugía, su médico tratante la consideró “candidata idónea para la realización de Oncotype DX para objetivar claramente la necesidad de quimioterapia sistémica citotóxica”. Razón por la cual, la accionante solicitó la práctica de la prueba a la Nueva EPS, quien la negó al considerar que el estudio de Oncotype DX es una prueba genética de 21 genes pronósticos y predictivos del cáncer de mama a partir del tejido tumoral, para lo cual no existe evidencia científica sobre la utilidad en la mejora de los resultados clínicos de las pacientes.

El juez de primera instancia declaró improcedente el amparo solicitado, toda vez que la controversia escapaba a su competencia, y que la ley permite, que en estos casos sea la Junta Técnica Científica de Pares, quien como ente administrativo de segunda instancia debe emitir la declaración correspondiente y decidir sobre la idoneidad del procedimiento médico. De igual forma, la segunda instancia confirmó lo anterior, y además consideró que no se evidenció la existencia de un perjuicio irremediable que implicara un riesgo grave e

inminente para la vida de la paciente.

En el caso sub examine, corresponde a la Sala determinar si: (i) es procedente reclamar por vía de tutela la práctica del examen denominado Oncotype DX, el cual no está incluido en el POS, y cuyo procedimiento tiene el carácter de experimental y no se realiza en el país, (ii) si se está vulnerando los derechos fundamentales de la accionante ante la negativa de la EPS en su autorización, y por último, se tomarán las decisiones del caso.

2.3.1 La procedencia de la tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, es decir, solamente puede ser ejercida cuando: (i) no exista otro medio de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, o (ii) cuando existiendo otros mecanismos, éstos se tornan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales o resulta necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En el presente caso, esta Corporación[46] ha reiterado que la seguridad social tiene una doble naturaleza jurídica, como un servicio público esencial, que aunque materialmente puede ser prestado por particulares, debe estar siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado (C.P. artículo 48 inciso 1º), el cual debe ampliar progresivamente su cobertura. Igualmente ha señalado que es un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes. Esta atención en salud garantiza a las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (C.P. artículo 49). En el caso de las personas adultas mayores, la Corte ha sido enfática en señalar que la seguridad social en salud, es un derecho fundamental que, adicionalmente, prevalece sobre los de los demás.

Ahora bien, el que la seguridad en salud de los adultos mayores sea un derecho fundamental que prevalece sobre los de los demás, no significa que sea absoluto, pues como la Corte lo ha dicho, admitir el carácter absoluto de un derecho llevaría necesariamente a desconocer otros derechos constitucionales.

En efecto, la Corte[47] ha señalado que el cubrimiento de la atención en salud está determinado legalmente a partir de los “servicios” que presta el sistema –entiéndase

tratamientos, medicamentos, procedimientos, etc-. De esa forma, las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud (POS) se refieren a servicios, no a enfermedades, ni a situaciones concretas de afectación de la salud. Igualmente determinó que en los casos en los cuales se deba decidir entre determinados valores o bienes jurídicos y ciertos derechos, cuyos titulares sean adultos mayores, deben prevalecer prima facie estos últimos.

Lo anterior se entiende, que para poder desplazar el interés jurídicamente protegible de la población mayor en materia de seguridad social en salud, corresponde al juez constitucional demostrar que este interés no es atendible bajo ninguna óptica constitucional razonable.

Bajo este entendido, en la aplicación del caso concreto, para la Sala es procedente la tutela a fin de determinar si la negativa de la Nueva EPS en autorizar el examen denominado Oncotype DX, el cual no está incluido en el POS, y cuyo procedimiento tiene el carácter de experimental, puede resultar lesionando derechos fundamentales de la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich.

2.3.2 Examen de la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich.

En el presente caso, la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, fue intervenida quirúrgicamente con mastectomía radical, cuyo diagnóstico clínico fue de “tumor maligno del cuadrante inferior interno de la mama.” Posteriormente, su médico tratante adscrito a la Nueva EPS la consideró “candidata idónea para la realización de Oncotype DX para objetivar claramente la necesidad de quimioterapia sistémica citotóxica o solo terapia endocrina”, concepto que fue ratificado por el médico especialista del Centro Radio Oncológico del Caribe LTDA.

En el presente caso, la Nueva EPS realizó un Comité Técnico Científico para presentar las solicitudes de los médicos especialistas a fin de determinar la viabilidad del procedimiento. La decisión fue negativa, manifestando que el estudio no contaba con una justificación científica, por lo cual no se encontraba autorizado en el país para su uso, ejecución y realización por las normas vigentes expedidas por el INVIMA. Este concepto que fue acogido por la Nueva EPS, quien argumentó que la prueba solicitada carecía de la acreditación suficiente “sobre su utilización en la mejora de los resultados clínicos de las pacientes diagnosticadas con ese tipo de enfermedades.” Igualmente aseguró, que la citada prueba

hace parte de los exámenes de avanzada los cuales no se realizan en Colombia y que se basan en probabilidades de recidivas, y para el manejo de cáncer de mama, estos diagnósticos no son determinantes para definir el manejo que se debe dar a las pacientes con cáncer de mama.

Respecto a la afectación grave y directa los derechos fundamentales de la accionante, respecto a la negativa de autorización de servicios excluidos del POS, específicamente exámenes o pruebas en el exterior, la Corte[48] determinó que uno de los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para que sea exigible, es que el “medicamento o tratamiento ... 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.”

Ahora bien, la sentencia T-597 de 2001[49] señala que se debe determinar si el tratamiento es un sustituto que preste un “nivel de eficacia adecuado para preservar el mínimo vital del paciente”[50], y para que se pueda considerar como una alternativa terapéutica aceptable debe ser sometido a un proceso de acreditación.

“a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales”

En ese sentido la jurisprudencia constitucional se orientaba principalmente a que fuera el concepto del médico tratante, quien mejor conocía la situación particular del paciente, que determinara el procedimiento indicado para tratar el problema de salud. Sin embargo, consideró que la indicación de un determinado procedimiento, aunque sea experimental, “no se identifica plenamente con este último aspecto.”

Del análisis del caso se infiere, que teniendo en cuenta lo registrado en la historia clínica de la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, la entidad accionada le ha brindado un

tratamiento integral teniendo en cuenta la gradualidad en la aplicación o realización de los procedimientos o tratamientos médicos, los exámenes previos, y la evolución de la patología que padece.

Para la Sala es evidente, que el tipo de procedimiento solicitado que resulta estar en etapa experimental, no puede desplazar a los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS, porque precisamente no se encuentran acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud[52].

Sin embargo cuando existan dudas, considera la Sala que le corresponde a los Comité Técnicos Científicos con la intervención de los médicos especialistas en oncología, quienes deben evaluar el acceso a dichos procedimientos como parte del servicio de salud, teniendo en cuenta que precisamente tienen el conocimiento especializado de la ciencia médica, dedicado a establecer la validez terapéutica, efectividad y riesgos de los mismos.

Por lo anterior, en el presente caso se ordenará a la Nueva EPS para que convoque nuevamente al Comité Técnico Científico donde deberá participar una Junta Médica de Especialistas en Oncología, a fin de determinar la efectividad del procedimiento, consultando los términos y condiciones en que se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales de la accionante. Así como también, determinar si el mismo procedimiento o uno similar, se puede surtir en el Territorio Nacional, para que sea ordenado a la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich. En caso afirmativo, expedir las órdenes pertinentes para su efectiva realización.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los fallos de instancia proferidos por el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, Bolívar, del 17 de julio de 2012, y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil – Familia, el 7 de septiembre de 2012, al declarar improcedente el derecho invocado por la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich, y en su defecto conceder el amparo en los términos expuestos en la presente sentencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Nueva EPS, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, a la Nueva EPS para que convoque nuevamente al Comité Técnico Científico donde deberá participar una Junta Médica de Especialistas en Oncología, a fin de determinar la efectividad del procedimiento, consultando los términos y condiciones en que se puede surtir desde el punto de vista científico y las condiciones de salud especiales de la accionante. Así como también, determinar si el mismo procedimiento o uno similar, se puede surtir en el Territorio Nacional, para que sea ordenado a la señora Nohemy del Socorro Gutiérrez de Fortich. En caso afirmativo, expedir las órdenes pertinentes para su efectiva realización.

TERCERO.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[2] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[3] Constitución Política, art. 13.

[4] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

[5] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[6] Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[7] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[8]M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[9] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[10] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[11] Esta propuesta teórica fue inicialmente expuesta en sentencia T-573 de 2005 y posteriormente desarrollada en sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[12] Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[13] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[14] Sentencia T-1185 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[15] Sentencia T-540 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[16] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

[17] Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[18] “El POS-C incluye un grupo de intervenciones para la protección de la salud, la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de patologías o condiciones de salud asociadas a enfermedad general o maternidad en las áreas de asistencia médica, odontológica, quirúrgica y farmacéutica. Las prestaciones del POS-C están descritas en un

listado denominado “Manual de procedimientos e intervenciones del POS – MAPIPOS10 (Resolución 5261 de 1994) el cual también describe un grupo pequeño de exclusiones.

[19] Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[20] Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

[21] Sentencia T-775 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[22] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[23] SU480 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero.

[24] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[25] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[26] Sentencias T-236 de 1998; T-1019 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[27] Humberto Antonio Sierra Porto.

[28] Sentencias SU-480 y T-640 de 1997, T-236 de 1998, SU-819 de 1999, T-1204 de 2000, T-683 de 2003, T-1331 de 2005, T-1083 de 2006 y T-760 de 2008, entre otras.

[29] Sentencia T-760 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[30] Sentencia T-1204 de 2000, se ordenó a Colmena Salud EPS realizar el servicio requerido, el cual era un examen de carga viral. “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.”

[31] Sentencias T-760 de 2008, T-875 de 2008 y T-1024 de 2010.

[32] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[34] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[35] Sentencia T-1204 de 2000, reiterada en las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007.

[36] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[37] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[38] Ver entre otras, las siguientes sentencias: T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-304 de 1998 y T-395 de 1998.

[39] MP. Álvaro Tafur Galvis.

[40] Sentencia SU 819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis.

[41] MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

[42] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[43] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[44] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[45] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[46] Sentencia T- 417 del 25 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa

[47] Sentencia T-597 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

[48] SU 819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis.

[49] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[50] Sentencia SU 819 de 1999 MP. Álvaro Tafur Galvis.

[51] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[52] Sentencia T- 596 de 2005 MP. Rodrigo Escobar Gil.