

Sentencia T-222/07

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar tratamientos o medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD-Medicamento solicitado no puede ser sustituido por uno de los incluidos en el POS

COMITE TECNICO CIENTIFICO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Su concepto no es requisito indispensable para la entrega de medicamentos excluidos del POS

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamentos y repetición contra el Fosyga

Referencia: expediente T-1464483

Accionante: Carolina Salgado Duque (como agente oficioso de Elvia Liliana Duque de Salgado)

Demandado: Saludcoop E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil siete (2007)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Manizales y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, dentro de la acción de amparo constitucional promovida por Carolina Salgado Duque, quien actúa en calidad de agente oficioso de su madre Elvia Liliana Duque de Salgado, contra Saludcoop E.P.S..

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La actora Carolina Salgado Duque impetró acción de amparo constitucional como agente oficioso de su madre Elvia Liliana Duque de Salgado con motivo de la presunta vulneración del derecho fundamental a la vida digna.

2. Reseña Fáctica

2.1 La señora Elvia Liliana Duque se encuentra afiliada a Saludcoop E.P.S. en calidad de cotizante independiente.

2.2 Como tratamiento a los problemas de salud padecidos por la señora Duque de Salgado, el médico tratante, Gabriel Eduardo Saffón Botero, le formuló Beclometazona (inhalador) y Ampicilina Sublactam (tabletas).

2.3 Saludcoop E.P.S. autorizó la entrega del medicamento Beclometazona pero negó el suministro de Ampicilina Sublactam con el argumento de que no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

2.4 Con base en lo anterior, Carolina Salgado Duque instauró acción de tutela contra Saludcoop E.P.S. con el fin de que sea suministrado el medicamento Ampicilina que su madre requiere, y con ello le sea protegido el derecho a la vida digna presuntamente vulnerado.

2.5 Una vez admitida la presente acción de amparo constitucional, el juez de primera instancia solicitó concepto al médico tratante respecto al presente caso. En su contestación el doctor Saffón Botero manifestó que efectivamente le había formulado el medicamento Ampicilina a la señora Duque de Salgado, que ya se habían utilizado los medicamentos incluidos en el POS para tratar su enfermedad, y que, la no utilización de dicho fármaco no pone en riesgo la vida de la señora Elvia Liliana Duque¹.

Por otra parte, se presentaron al despacho a declarar las señoras Margarita María Orozco Quintero y María Esnedý López Herrera quienes conocían a la señora Elvia Liliana Duque por haber sido compañera de trabajo como madre comunitaria y vecina durante un año, respectivamente. Las mencionadas personas manifestaron que tanto la demandante como su

madre no tenían bienes de su propiedad ni contaban con los recursos económicos suficientes para asumir el costo de los medicamentos solicitados².

3. Consideraciones de la parte actora

Sostiene la peticionaria que la negativa de la E.P.S. Saludcoop a suministrar el medicamento recetado por el médico tratante menoscaba el derecho de su madre a gozar de una vida en condiciones dignas, toda vez que su estado de salud, y los cambios climáticos le hacen muy difícil salir de su casa, además padece de náuseas, dolores de cabeza, insomnio, irritabilidad en la zona nasal, creándole infecciones en la garganta, de modo que no puede desarrollar las actividades cotidianas con normalidad.

En este orden de ideas, la accionante solicita que le sea entregado el medicamento que le hace falta a su madre para llevar una vida digna y cuyo costo no puede asumir, toda vez que su enfermedad le impide trabajar, y lo poco que recibe por su desempeño como madre comunitaria lo destina para atender los gastos del hogar.

En declaración de ampliación de la demanda de tutela, la actora manifestó que su madre recibía un ingreso de \$ 170.000 pesos por concepto de los servicios prestados como madre comunitaria, el cual es destinado para sufragar los gastos del hogar y los cuidados de sus otros dos hermanos de 10 y 19 años, que no posee bienes, y que, por ende, no puede asumir el costo de los medicamentos que asciende a la suma de \$75.000 pesos mensuales.

4. Pretensiones de la demandante

La accionante solicita se ordene autorizar el suministro del medicamento Ampicilina Sublactam (tabletas), que fue formulado por el médico tratante y que, en adelante, se proporcione la medicina que sea necesaria para el tratamiento de la enfermedad de la señora Elvia Liliana Duque.

5. Respuesta del ente accionado

Saludcoop E.P.S. señala que en el presente caso, por un lado, no se observa que se esté afectando algún derecho de estirpe fundamental que justifique acudir a la acción de tutela y por otro, la E.P.S. ha cumplido con sus obligaciones al prestar los servicios del P.O.S. que le han sido solicitados, sin que se encuentre habilitada para suministrar los que no se están

incluidos en el manual. Así mismo, señala que la accionante no ha agotado los trámites ordinarios para solicitar el medicamento, pues, antes de instaurar la presente acción de tutela debió acudir al Comité Técnico Científico para que fuese evaluada la posibilidad de ordenar el suministro de un medicamento excluido del P.O.S..

En consecuencia, la E.P.S. solicita que sea negada la acción de tutela por cuanto ha actuado conforme a la ley. De manera subsidiaria solicita que, en caso de que se decida otorgar el medicamento, se disponga que su valor sea asumido por el Fondo de Solidaridad y Garantía.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del dos de agosto de 2006, el Juzgado 3 Penal Municipal de Manizales concedió el amparo porque, si bien el medicamento solicitado no se encontraba incluido en el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado la posibilidad de inaplicar dicha normatividad cuando se cumplan ciertas condiciones, de tal modo que al analizar el presente caso, es posible observar que conforme a los lineamientos de la Corte, (i) la ausencia del medicamento produce una afección en la salud de la señora Elvira Liliana Duque que vulnera su derecho a la vida y a la integridad física, (ii) que según el médico tratante no hay un sustituto efectivo, (iii) está comprobada la difícil situación de la señora Duque de Salgado y, finalmente, (iv) el médico que la formuló trabaja para la IPS Clínica de Manizales, la cual tiene contrato con Saludcoop.

Así las cosas, el fallador ordenó a la E.P.S. el suministro del medicamento Ampicilina Sublactam Tabletas y de los demás procedimientos que requiera la señora Elvia Liliana Duque de Salgado. De la misma manera, autorizó a Saludcoop para que cobre al FOSYGA el valor de los gastos en que incurra en cumplimiento de la presente tutela.

2. Impugnación

La apelación de la entidad se basó en los mismos argumentos que el escrito de contestación de la acción de tutela, con base en los cuales se solicitó que se revoque la decisión de

primera instancia.

3. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, solicitó al médico tratante, Gabriel Eduardo Saffón Botero que informara al despacho si el medicamento Ampicilina Sublactam tabletas podía ser sustituido por otro que produzca el mismo efecto, o si el formulado era el único que podía aliviar las dolencias de la señora Elvia Liliana Duque.

El doctor Saffón Botero manifestó que el cuadro de Sinusitis crónica que presentaba la señora Duque de Salgado debía ser manejado con un tratamiento a base de antibióticos, y que el medicamento formulado podía ser reemplazado con Amoxicilina más ácido clavulánico tabletas, o Ceprozil tabletas, o por Cefuroxina tabletas.

Mediante sentencia del 17 de marzo de 2006, el a-quem revocó el fallo proferido por el juez de primera instancia debido a que consideró que en el presente caso no se cumplen los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para que sea posible inaplicar la normatividad que restringe la obligación de las E.P.S. a suministrar los medicamentos que estén incluidos en el P.O.S., porque, según concepto del médico tratante, la ausencia del medicamento no constituye una amenaza para la vida o la integridad de la señora Duque de Salgado, y porque, así mismo, según la última comunicación del especialista en la salud, es posible sustituir el medicamento por otros que producen el mismo efecto.

Por otra parte, el fallador estimó que, en la medida en que la accionante no se había dirigido ante la E.P.S. para que el Comité Técnico Científico se pronunciara respecto a la solicitud de suministro del medicamento conforme a las condiciones de salud de la señora Duque de Salgado, no era posible, ahora en sede de tutela, proferir alguna orden en contra de Saludcoop cuando no se agotaron los trámites administrativos al interior de la entidad.

Así las cosas, el juez de segunda instancia consideró que no era posible inaplicar la normatividad según la cual las empresas prestadoras del servicio de salud solo deben suministrar los medicamentos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, y por tanto no se podía ordenar el suministro de un medicamento excluido del mismo.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el presente caso, la señora Carolina Salgado Duque, en calidad de agente oficioso, actúa en defensa de los derechos e intereses de su madre Elvia Liliana Duque. Así pues, respecto a esta posibilidad contemplada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 la Corte ha señalado que se deben cumplir ciertos requisitos, entre los cuales se cuentan: : (i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal y (ii) la circunstancia real que se desprenda del escrito de tutela, ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa³.

En el caso que ocupa el estudio de la Sala se tiene que la accionante en el escrito de tutela manifestó que actuaba en calidad de agente oficioso de su madre y, arguyó los motivos por los cuales la señora Duque de Salgado no podía interponer la demanda por sus propios medios y se acudió a dicha figura, toda vez que, como señala la actora, la enfermedad crónica que aqueja a la señora Duque de Salgado le produce una afectación severa de las vías respiratorias, continuos dolores de cabeza, mareos y náuseas, que se agravan cuando se ve forzada a salir del hogar y se expone a la intemperie

2.2 Legitimación pasiva

La empresa demandada es una entidad de carácter particular que se ocupa de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

3. Problema Jurídico

Le corresponde a esta Corporación definir si, en el presente caso, la entidad promotora de salud demandada debe suministrar el medicamento solicitado por la accionante, el cual no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Para tal fin se deberán tener en cuenta los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para que proceda ordenar la entrega de medicamentos excluidos del POS, y si, en el caso concreto, a partir de las circunstancias particulares y la medicina que fue formulada a la señora Duque de Salgado, ellos se cumplen.

4. Requisitos para otorgar medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en especial la afectación al derecho a la vida dentro de un concepto amplio de dignidad humana

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, no obstante que, de conformidad con el literal g) del artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, la obligación de las entidades prestadoras del servicio de salud, en cuanto al suministro de medicamentos, se concreta en lo contenido en el Plan Obligatorio de Salud⁴, en ciertas ocasiones es pertinente inaplicar esa normatividad cuando “ (i) la falta del medicamento o tratamiento excluido, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal de la persona; (ii) que el fármaco o procedimiento 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 el nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud; (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo”⁵.

Así las cosas, se observa que, teniendo en cuenta que el derecho a la salud, prima facie, no es fundamental, para que pueda exigirse un medicamento excluido del POS por la vía de la tutela, en primer lugar, se debe evidenciar que la ausencia del medicamento repercute en una afectación al derecho fundamental a la vida. Es decir que, antes de pasar a identificar la presencia de los otros requisitos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para la inaplicación de la normatividad en materia de medicamentos, es preciso que la afectación a

la salud vulnere o ponga en riesgo el derecho a la vida, de modo que se constituya en derecho fundamental por conexidad.

Ahora bien, esa valoración que se haga respecto a la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida debe hacerse desde una perspectiva amplia de la dignidad humana, de tal modo que, además de las funciones orgánicas que permiten existir, el derecho a la vida implica la posibilidad del individuo de desarrollar todas las facultades inherentes al ser humano⁶, de forma que sea posible llevar una vida en condiciones de dignidad, con libertad, autonomía y con la posibilidad de actuar normalmente en el entorno social.

En este sentido, se observa que la inviolabilidad del derecho a la vida a la que se refiere el artículo 11 de la Constitución va más allá de una consagración que propenda por garantizar la estabilidad de los signos vitales, pues hay que tener en cuenta el concepto amplio de vida en el que el individuo pueda desarrollar todas aquellas opciones que le son inherentes como ser humano, de tal suerte que para que se entienda que hay una amenaza del derecho a la vida no es necesario llegar hasta el punto de que exista un peligro inminente de muerte, pues los riesgos contra la vida se concretan en todas aquellas circunstancias que impidan o amenacen disfrutar una vida en condiciones dignas.

Lo anterior es aplicable al momento de establecer la conexidad entre el derecho fundamental a la vida y el derecho a la salud cuando se solicita la entrega de medicamentos excluidos del POS, pues dicha valoración debe hacerse conforme al concepto de vida digna, de tal modo que no es necesario que, en el caso concreto, la ausencia del medicamento genere un riesgo de muerte, pues cuando una persona, debido a problemas de salud, no puede desempeñar las actividades y funciones cotidianas que le permiten interactuar con su entorno y desarrollarse como ser humano, y la solución a esta situación radica en el suministro de un medicamento determinado, se entiende que existe una conexidad entre el derecho a la salud y el derecho fundamental a la vida. En consecuencia la negativa de la entidad prestadora del servicio de salud a proporcionar la medicina, en el entendido de que se presenten los demás requisitos señalados por la jurisprudencia, constituye una conducta violatoria del artículo 11 de la Constitución, y la acción de tutela se presenta como un mecanismo procedente para invocar la protección del derecho y para solicitar el suministro del medicamento formulado.

6. Caso Concreto

La demandante instauró la presente acción de tutela con el objeto de que se ordenara el suministro del medicamento Ampicilina Sublactam tabletas a su madre, la señora Elvia Liliana Duque de Salgado, ante la negativa de la E.P.S. debido a que el mismo está excluido del Plan Obligatorio de Salud.

En el trámite del proceso de tutela, el juez de primera instancia concedió el amparo por considerar que la ausencia del medicamento producía una afección en la salud de la señora Duque de Salgado y, por tanto, se vulneraba su derecho a la vida y a la integridad personal, de igual manera, sostuvo que en caso sub exámine se cumplían los demás requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional. Por su parte, el a-quem revocó el fallo teniendo en cuenta que, (i) de acuerdo con el concepto del médico tratante, la ausencia del medicamento no ponía en riesgo el derecho a la vida de la señora Elvia Liliana Duque, (ii) el juez de segunda instancia sostuvo que el médico tratante, en el segundo concepto allegado, señaló que podían ser utilizados alternativamente otros medicamentos diferentes al solicitado; y, finalmente, (iii) no era procedente proferir alguna orden a Saludcoop en tanto que la accionante no había agotado los procedimientos ante la entidad, tal como era dirigirse al Comité Técnico Científico para que se evaluara la posibilidad de conceder el medicamento excluido del P.O.S.

Pasa la Sala a referirse respecto las anteriores consideraciones:

1. En el presente caso, existe una controversia en torno a si la falta del medicamento pone en riesgo el derecho a la vida de la paciente. Sin embargo, de la aplicación de la jurisprudencia sobre el alcance del derecho fundamental a la vida se considera que, si bien el médico tratante señaló que la ausencia del medicamento no comprometía la vida de la paciente, dicha valoración debe hacerse a partir de un concepto amplio de vida digna.

En consecuencia, si bien la ausencia del medicamento no pone en riesgo de muerte a la señora Elvia Liliana Duque de Salgado, es posible observar que, conforme a los síntomas descritos en la demanda de tutela y que no fueron controvertidos, sus condiciones de vida están siendo afectadas considerablemente en razón de la enfermedad que padece, pues las frecuentes dolencias le restringen la posibilidad de disfrutar de la vida en circunstancias normales y desempeñar las actividades cotidianas, y, según el médico tratante, la Ampicilina Sublactam es la medicina que permitiría aliviar los problemas de salud de la paciente, toda

vez que ninguno de los medicamentos que hacen parte del P.O.S. fue eficaz para el tratamiento de la enfermedad de la paciente.

En este orden de ideas, se observa que, como lo había manifestado el juez de primera instancia, la ausencia del medicamento si repercute en una afectación del derecho a la vida de la señora Duque de Salgado.

2. Por otra parte, el a-quem señaló que, dado que el médico tratante en una segunda intervención había indicado otras medicinas por las cuales podía sustituirse la Ampicilina Sublactam, es preciso tener en cuenta que, de conformidad con el Acuerdo 228 de 2002, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y que fija el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, los fármacos señalados por el médico tratante tampoco están incluidos dentro de dicho manual, por lo tanto no constituyen una solución para aliviar la situación de la señora Elvia Liliana Duque, ya que, como en el caso de la Ampicilina Sublactam, no podrá exigirlos directamente.

3. Un aspecto que fue señalado tanto por el juez de segunda instancia como por la E.P.S. Saludcoop fue el hecho de que la peticionaria, antes de instaurar la acción de tutela, no había acudido ante el Comité Técnico Científico de la entidad para que allí se definiera si era procedente suministrar el medicamento solicitado, lo cual hacía la acción de amparo improcedente. Sin embargo, estima la Sala, que no es de recibo esta afirmación toda vez que la jurisprudencia constitucional ha indicado que, no obstante que el Comité tenga la denominación de "Técnico" es un organismo meramente administrativo que se encarga de supervisar las actuaciones y procedimientos que se llevan a cabo al interior de la respectiva E.P.S.8. Por lo tanto, su pronunciamiento no constituye un requisito para que los usuarios accedan a los servicios de salud y para que sean suministrados medicamentos excluidos del P.O.S.. Ahora bien, en ese mismo sentido, no puede entenderse que el Comité Técnico Científico constituya una instancia adicional entre la E.P.S. y los beneficiarios del servicio, más cuando el trámite ante este órgano "(...) es competencia del médico tratante adscrito a la E.P.S. y no es un trámite que le corresponda adelantar por cuenta propia a la accionante"9..

Con base en lo anterior no puede decirse que la acción de amparo resulte improcedente por no haber acudido al trámite ante el Comité Técnico Científico, pues, como quedó dicho, su

pronunciamiento no es un requisito para acudir a la acción de tutela cuando la negativa a suministrar un medicamento excluido del P.O.S. puede generar la vulneración del derecho fundamental a la vida y, así mismo, dicho trámite no constituye una instancia adicional que deba ser agotada por el paciente como un medio de defensa¹⁰.

En este orden de ideas, se observa que, en atención a que la ausencia del fármaco conlleva a una afectación de la salud de la señora Duque de Salgado, por la cual no pueda gozar de una vida en condiciones dignas, que, según el médico tratante, no hay un medicamento en el P.O.S. que brinde la misma efectividad que la medicina solicitada, que, teniendo en cuenta que el oficio de madre comunitaria que desempeña la señora Elvia Duque Delgado no le permite contar con la capacidad económica para asumir el valor del medicamento, y que se encuentran satisfechos los demás requisitos que esta Corporación ha establecido, es procedente, en el presente caso, inaplicar la normatividad que limita la responsabilidad de Saludcoop a suministrar solamente los medicamentos incluidos en el P.O.S..

Así pues, en la parte resolutive se ordenará otorgar el fármaco Ampicilina Sublactam tabletas, en las condiciones, dosis y por el tiempo que determine el médico tratante según las condiciones particulares de la paciente y, así mismo, se reconocerá que Saludcoop podrá repetir contra el FOSYGA el monto de lo que gaste en virtud de la orden impartida, para lo cual el FOSYGA contará con 15 días, sea para hacer el desembolso, o para indicar la fecha máxima en que lo hará.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, el 12 de septiembre de 2006. En su lugar CONCEDER la acción de tutela interpuesta por Carolina Salgado Duque como agente oficioso de la señora Elvia Liliana Duque de Salgado contra la E.P.S. Saludcoop.

Segundo. ORDENAR a la E.P.S. Saludcoop, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas

siguientes a la notificación de este fallo, proceda a suministrar el medicamento Ampicilina Sublactam, tabletas, en las condiciones, dosis y por el tiempo que determine el médico tratante.

Tercero. SEÑALAR que la EPS Saludcoop, podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará y luego, dará cumplimiento a la obligación reconocida.

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.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver expediente, Cuaderno No. 1, Folio 37.

2 Ver expediente, Cuaderno No. 1, Folios 25, 26, 27 y 28.

- 3 Ver las sentencias T-681 de 2004, T-531 de 2002.
- 4 El Acuerdo 228 de 2002 señala el Manual de Medicamentos y Terapéutica.
- 5 Sentencia T-540 de 2002
- 6 Sentencia T-926 de 1999.
- 7 Ver, entre otras, las sentencias T-494 de 1993, T-221 de 1995, T-395 de 1998 y T-794 de 2003,
- 8 Ver la Sentencia T-344 de 2002
- 9 Ver Sentencia T-1164 de 2005
- 10 Sentencia T-227 de 2006