

Sentencia T-264/04

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de medicamentos

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Suministro de medicamentos

Frente a aquellos casos en los cuales las A.R.S. no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos al no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, la Corte ha dispuesto que la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la A.R.S. para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o ii) mediante la orden a la A.R.S. de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Entrega de medicamentos

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-816127

Acción de tutela instaurada por Herman Arias Gaviria, Personero de Bogotá D. C. en representación de Carlos Giovanni Londoño contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D. C. y Mutual Ser A.R.S..

Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Herman Arias Gaviria, Personero de Bogotá D. C. en representación de Carlos GIOVANNI Londoño contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D. C y Mutual Ser A.R.S.

I. ANTECEDENTES.

Herman Arias Gaviria, Personero de Bogotá D. C., actuando en representación de Carlos GIOVANNI Londoño por solicitud de la madre de éste, la señora Idaly Londoño Rodríguez, instauró acción de tutela contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D. C. y Mutual Ser A.R.S. por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, en razón a que las demandadas se niegan a suministrar unos medicamentos que el demandante requiere con urgencia para el tratamiento post operatorio de una cirugía a la que fue sometido.

Fundamentó su solicitud en los hechos narrados por la señora Londoño Rodríguez, quien en su declaración indicó lo siguiente:

“Mi hijo CARLOS fue intervenido de un tumor en la cabeza, hace tres años, como consecuencia de esa operación el médico tratante le recetó LITIROXINA de 50 mg y DESMOPRESINA INHALADOR, los cuales tienen que suministrársele de por vida, y la A.R.S. no los entrega porque están excluidos del POSS, hasta esta fecha había podido conseguir aunque esporádicamente el medicamento con la ayuda de algunos vecinos pero en este momento estoy en incapacidad económica de pagarla, porque la LITIROXINA tiene un costo aproximado de 20.000 la caja de 30 pastillas, y la tiene que tomar todos los días, la DESMOPRESINA casi no se consigue y en la única parte que hay es en la Clínica Marly, yo averigüé por el costo de la misma y me informaron que vale \$500.000, este medicamento tan solo le dura 20 días, cuando deja de tomar esta droga presenta mucho dolor de cabeza, de piernas, de brazos y no puede comer, yo soy una persona mayor, que sufro de úlceras varicosas y no puedo trabajar por esto, no cuento sino con la ayuda de un hijo de 16 años que trabaja en un club de tenis y se gana \$35.000 al mes y algunas propinas, con eso me colabora con lo del arriendo y la alimentación, lo que hace imposible que podamos comprar

los medicamentos de mi hijo”.

Solicita en consecuencia, se ordene a las demandadas que le suministren a Carlos GIOVANNI Londoño los medicamentos solicitados así como todo el tratamiento integral que pudiera requerir con ocasión de su enfermedad.

I. INTERVENCIÓN DE LA SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD.

Elkin Hernán Otálvaro Cifuentes, Secretario de Despacho de la Secretaría Distrital de Salud (E), en oficio dirigido al Juez Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá D. C., informó que en efecto Carlos Giovanni Londoño se encuentra clasificado en el Nivel 2 del Sisben, y que se encuentra afiliado a la A.R.S. Mutual Ser, entidad que es responsable de garantizar la prestación de servicios de salud que requieran sus afiliados. Indicó que esa entidad no ha negado el suministro de medicamentos, pues no le ha sido elevada una solicitud, y aunado a esto, ese organismo no es una institución prestadora de servicios de salud, y en consecuencia, no le corresponde prestar y garantizar servicios a los que sí están obligadas las A.R.S., en este caso Mutual Ser, entidad a la que se encuentra afiliado el demandante.

Agregó que la patología que padece Carlos Giovanni Londoño, es de las relacionadas con el sistema nervioso central, y por lo tanto, su tratamiento debe ser suministrado en forma integral por la A.R.S. Mutual Ser, esto en concordancia con el numeral 5.2 del artículo 1º del Acuerdo 72 de 1997, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el cual garantiza la atención integral necesaria en cualquier complejidad del paciente con diagnóstico de patología del sistema nervioso central en los siguientes términos:

“5.2 Patologías del sistema nervioso central: Garantiza la atención integral necesaria en cualquier complejidad, del paciente con diagnóstico de patologías del Sistema Nervioso Central y de columna vertebral que involucre daño o probable daño de médula por consecuencia de un trauma, incluyendo:

* Las actividades, intervenciones y procedimientos para la complementación diagnóstica de las lesiones de tratamiento quirúrgico del sistema nervioso central y de columna vertebral.

* Las intervenciones quirúrgicas para lesiones neurológicas o vasculares congénitas o adquiridas intracraneales o de médula espinal y de columna vertebral que involucre daño o probable daño de médula por consecuencias de un trauma. Incluye los derechos de hospitalización de la complejidad necesaria.

I. INTERVENCIÓN DE LA A.R.S. MUTUAL SER.

El Gerente Regional de Mutual Ser A.R.S., en escrito dirigido al Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá informó que los medicamentos reclamados por Carlos Giovanni Londoño, no se encuentran contemplados en el Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS, y que para acceder a estos, el médico tratante debe diligenciar una solicitud al Comité Técnico Científico de esa A.R.S., según lo indica la Resolución 05061 de 1997.

I. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, en oficio dirigido al despacho judicial de primera instancia, informó que para la prescripción y entrega de medicamentos que no se encuentren incluidos en el listado del POS-S, debe procederse a presentar el caso por parte del médico tratante o la solicitud del paciente ante el Comité Técnico Científico, dependencia que determina la viabilidad o no del suministro de los medicamentos solicitados, de esta manera, la A.R.S. entregará los medicamentos y procederá al recobro de la diferencia económica en los términos establecidos en la Resolución No. 2312 de 1998 expedida por el Ministerio de Salud.

V. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

Conoció del presente caso en primera instancia el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá D. C., quien en sentencia de 11 de agosto 2003 negó la tutela solicitada a favor de

Carlos Giovanni Londoño. Consideró el juez de primer grado que "...se evidencia que hasta el momento al Joven Carlos Giovanni Londoño, le han prestado la asistencia médico hospitalaria requerida con ocasión de la enfermedad que padece, sin embargo, para obtener los medicamentos prescritos y fuera del POS-S debe IDALY LONDOÑO RODRÍGUEZ en forma personal diligenciar el formulario de solicitud de medicamentos no contemplados en el Acuerdo 228 / 02, ante el Comité Técnico Científico para la autorización de los mismos o en su defecto realizar la solicitud por intermedio del médico tratante, hecho que no ha acontecido dentro de las presentes diligencias, razones por las cuales llevan a concluir al despacho que no se está vulnerando el derecho antes referido."

Impugnada la anterior decisión, el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá D. C., en sentencia de septiembre 29 de 2003 confirmó la decisión del a quo por sus mismas consideraciones, agregó que no aparece probado el grado de peligro en que se encuentra la vida y la salud del demandante.

VI. PRUEBAS RELEVANTES QUE CONSTAN EN EL EXPEDIENTE.

En el expediente obran las siguientes pruebas:

* A folio 7 del cuaderno de primera instancia, copia de la fórmula médica mediante la que le son prescritos los medicamentos tiroxina y desmopresina.

* A folio 8 del cuaderno de primera instancia, copia de la contraseña de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación a la A.R.S. Mutual Ser del Carlos Giovanni Londoño.

* A folios 9 y 10 del cuaderno de primera instancia, copia de apartes de la historia clínica de Carlos Giovanni Londoño en el Hospital El Tunal.

* A folio 11 del cuaderno de primera instancia, copia de la cédula de ciudadanía de la señora Idaly Londoño Rodríguez, madre de Carlos Giovanni Londoño.

* A folio 29 del cuaderno de segunda instancia, oficio suscrito por el doctor Javier Gustavo Patiño Gómez, médico neurocirujano tratante de Carlos Giovanni Londoño en el que informa que: "...CARLOS LONDOÑO, paciente tratado en el hospital del Tunal por el servicio de NEUROCIRUGÍA tiene diagnóstico de craneofaringioma resecado quirúrgicamente con panhipopituitarismo secundario a su patología de base, el paciente requiere como tratamiento permanente desmopresina y tiroxina medicamentos indispensables para su vida y no pueden ser remplazados por otros fármacos. El paciente en mención debe ser asistido por sus familiares para interponer acciones legales ya que por su enfermedad no los puede realizar solo" .

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Reiteración de Jurisprudencia. El derecho a la salud y a la vida es vulnerado cuando por razones de tipo legal o contractual, una entidad prestadora de servicios de salud niega el suministro de medicamentos indispensables para la vida de un paciente.

La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si bien el derecho a la salud tiene carácter prestacional, adquiere la connotación de fundamental al estar en conexidad con el derecho a la vida. En efecto la Corte ha expresado:

"Esta Corporación ha sostenido, que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental¹, sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.² De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente³, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro

o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas⁴. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental”⁵.

Así, en eventos en los cuales la falta de atención médica o la prestación indebida de este servicio, implique grave riesgo para la vida de una persona, o se trate de aquellos comportamientos que atentan contra las condiciones dignas de vida, la Constitución Política habilita a los jueces para conceder el correspondiente amparo.

Ahora bien, frente a aquellos casos en los cuales las A.R.S. no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos al no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, la Corte ha dispuesto que la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la A.R.S. para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o ii) mediante la orden a la A.R.S. de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario⁶.

Lo que pretende la jurisprudencia de la Corte con estas dos opciones es que se pueda garantizar la efectividad del servicio de salud especialmente a todas aquellas personas que no tienen capacidad de cotizar como son las del régimen subsidiado y que por su misma condición de debilidad manifiesta se encuentran en desventaja con respecto a aquellos que pertenecen al régimen contributivo, quienes sí tienen más posibilidad de costear con sus propios recursos los procedimientos, aditamentos y medicamentos que se encuentran excluidos del P.O.S.

3. Caso concreto.

La presente acción de tutela demandaba la atención en salud de una persona que pertenece al sistema subsidiado, que no puede valerse por sí sola, y tiene como antecedente un tumor grave en el cerebro. Requiere del suministro de medicamentos para mejorar su salud.

Las sentencias de instancia negaron el amparo impetrado aduciendo que el expediente estaba “ huérfano de pruebas respecto al riesgo inminente para la vida y salud del paciente.”

Considera la Sala que en este caso es procedente otorgar la acción de tutela, por cuanto se han vulnerado los derechos a la salud y a la seguridad social del señor CARLOS GIOVANNI LONDOÑO, en conexidad con los derechos a la vida digna y a la integridad personal, pues no pueden menospreciarse los efectos que las afecciones reportadas por el médico tratante tienen sobre su salud y bienestar y que le privan de tener una vida en las condiciones esperadas de normalidad.

En el presente caso, en efecto, se trata de una persona que de acuerdo a la información allegada por su médico tratante “...tiene diagnóstico de craneofaringioma resecado quirúrgicamente con panhipopituitarismo secundario a su patología de base, el paciente requiere como tratamiento permanente desmopresina y tiroxina medicamentos indispensables para su vida y no pueden ser remplazados por otros fármacos.”. Sobre esa base, dada la gravedad de la enfermedad del demandante y de la urgencia de los medicamentos, se tomará la primera opción indicada en la jurisprudencia arriba anotada, de manera que se ordenará a la A.R.S. Mutual Ser, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, suministre a Carlos Giovanni Londoño, los medicamentos denominados tiroxina y desmopresina en la cantidad y con la periodicidad indicadas por su médico tratante. Mutual Ser A.R.S. podrá recobrar al Fosyga lo gastado en cumplimiento de la presente sentencia y que no estaba legalmente obligada a asumir.

Las sentencias de instancia deberán desestimarse por cuanto no tuvieron en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación según la cual la acción de tutela puede prosperar no sólo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad los derechos a la vida y a la salud, sino ante eventos que puedan ser menos graves pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma.⁷

La doctrina así expuesta en sentencias anteriores, informa sobre la necesidad de tutelar el derecho a la salud cuando haya certeza sobre la vulneración o amenaza de derechos

constitucionales con carácter fundamental en cualquier grado y no solamente cuando la vulneración o amenaza de tales derechos sea muy grave; es decir, no debe esperarse, a estar al borde de una negación completa de los derechos vinculados con el derecho a la salud, para que su tutela proceda.

No es acertado entonces, el planteamiento de los jueces de instancia según el cual, en el presente caso, al no existir prueba del “riesgo inminente para la vida y la salud del paciente”, debe denegarse el amparo constitucional solicitado. Sería tanto como esperar a que un enfermo demuestre que está al borde de la muerte para que el juez de tutela tome cartas en el asunto, cuando lo natural y obvio es evitar llegar a un estado que haga ya imposible la intervención de la medicina. La supremacía constitucional⁸, ha dicho la Corte, impone a todos los operadores jurídicos la aplicación preferente de las normas superiores y exige que “siempre que la vida humana se vea afectada, en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable. Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona, que es el fin del derecho”⁹.

En consecuencia, se revocarán las sentencias de instancia, por las razones esgrimidas en esta sentencia.

VIII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava 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 Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre de 2003, dentro del proceso de la acción de tutela instaurada por Herman Arias Gaviria Personero Distrital de Bogotá D. C. en representación de Carlos Giovanni Londoño, y en su lugar conceder la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de Carlos Giovanni Londoño.

Segundo. ORDENAR a Mutual Ser A.R.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia proceda a suministrar a Carlos

Giovanni Londoño, los medicamentos denominados tiroxina y desmopresina en la cantidad y con la periodicidad indicadas por su médico tratante.

Tercero. ADVERTIR a Mutual Ser A.R.S., que podrá repetir contra el Estado específicamente contra Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo y que no esté cubierto por el P.O.S-S.

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

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

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

3 Al respecto se deben consultar las sentencias SU-111 de 1997; SU-039 de 1998; T-236 de 1998; T-395 de 1998; T-489 de 1998; T-560 de 1998, T-171 de 1999, entre otras.

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

5 Sentencia T-1036 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero

6 Esta dualidad, según lo expuso la sentencia T- 632 de 2003, obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con los del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Un común denominador de las dos alternativas de solución parte de reconocer la vulneración de un derecho fundamental del peticionario, generalmente del derecho a la salud o a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de la persona, lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de la acción de tutela.

7 Sentencia T-395 de 1998.

8 Sentencias T-092 de 1999, T-230 de 1999, T-1003 de 1999, T-813 de 1999, T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-108 de 1999.

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