

Sentencia T-325/08

DERECHO A LA SALUD Y ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Requisitos para acceder a tratamientos y medicamentos de alto costo

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Suministro de medicamentos excluidos del POS

Referencia: expedientes T-1751368 y T-1776593.

Acciones de tutela instauradas por Rebeca de la Hoz de Cueto y Bibiana García Rojas contra Comparta A.R.S. y Humana Vivir A.R.S respectivamente.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos en única instancia por los juzgados Segundo (2) Promiscuo Municipal de Mariquita -Tolima y Segundo (2) Penal del Circuito de Ciénaga - Magdalena, los días cuatro (4) de septiembre de dos mil siete (2007) y ocho (8) de agosto de dos mil siete (2007), dentro de las acciones de tutela instauradas por las señoras Bibiana García Rojas y Rebeca de la Hoz de Cueto contra Humana Vivir A.R.S y Comparta A.R.S respectivamente.

- Acumulación

Los procesos T-1751368 y T-1776593 fueron acumulados por Auto del cuatro (4) de febrero de dos mil ocho (2008), por existir unidad de materia y semejanza fáctica de los problemas jurídicos planteados en las respectivas acciones de tutela.

I. ANTECEDENTES.

1) Expediente T-1776593. Bibiana García Rojas.

La señora Bibiana García Rojas interpuso acción de tutela en contra de Humana Vivir A.R.S., por considerar vulnerados sus derechos constitucionales a la vida, debido proceso, seguridad social y salud.

HECHOS.

La señora Bibiana García Rojas sustentó su demanda de acuerdo con los siguientes hechos:

1.- Manifiesta que es afiliada activa de Humana Vivir A.R.S y que, desde su nacimiento padece la enfermedad MENINGITIS que la obliga a consumir de por vida medicina recetada.

2.- Expresó que dentro del tratamiento de control de la enfermedad, el cuatro (4) de junio de dos mil siete (2007), el médico tratante del Hospital Federico Lleras Acosta de la ciudad de Ibagué le recetó el medicamento OXCARBAMACEPINA de forma continua para controlar su enfermedad.

3.- Sostuvo que, a la fecha de interposición de la presente acción de tutela Humana Vivir A.R.S le había negado el suministro del medicamento citado vulnerándole sus derechos fundamentales a la vida, debido proceso, salud y seguridad social.

Solicitud de tutela.

5.- La señora Bibiana García Rojas considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, debido proceso, seguridad social y salud por lo que solicita se ordene a Humana Vivir A.R.S suministrarle el medicamento OXCARBAMACEPINA en las dosis formuladas por el médico del Hospital Federico Lleras y de forma permanente, para así lograr un adecuado control de su enfermedad.

Pruebas aportadas al proceso

6.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Bibiana García Rojas¹.

-Fotocopia del carné de afiliación de la señora Bibiana García Rojas a la A.R.S Humana Vivir².

-Copia del informe técnico legal del estado físico de la señora Bibiana García Rojas emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses -Dirección Regional Sur-Seccional Tolima-, ordenado por el Juzgado Segundo (2) Promiscuo Municipal de Mariquita -Tolima, en el que se lee: "ENFERMEDAD ACTUAL: Refiere que convulsiona desde los 7 años de edad secundario a secuelas de meningitis en la etapa lactante. He tomado FENOBARBITAL pero me afecta la memoria. Luego EPAMIN (FENITOINA) pero me destruyó la dentadura, luego la CARBAMAZEPINA (el mismo Tegretol) y ya tomo 6 tabletas, y el neurólogo me dice que son muchas y por eso me las cambia última (sic). Refiere que con la CARBAMAZEPINA convulsiona antes de llegarle la menstruación.

ANTECEDENTES: Meningitis a los 3 meses de vida. Epilepsia secundaria...

POR SISTEMAS: Refiere cefaleas frecuentes..."³

Pruebas decretadas por la Corte Constitucional:

7.- Mediante auto del siete (7) de marzo de dos mil ocho (2008) esta Corporación ofició a Humana Vivir A.R.S para que le enviara copia de la historia clínica de la señora Bibiana García Rojas y un informe médico en el que se indicara la necesidad del medicamento OXCARBAMACEPINA para el manejo de la enfermedad que padece la peticionaria.

En cumplimiento de tal requerimiento, Humana Vivir A.R.S allegó:

-Copia sobre el concepto médico sobre el medicamento OXCARBAMACEPINA, emitido por el clínico auditor Doctor Ricardo Andrés Fonseca Díaz, en el que se lee: "La OXCARBAMACEPINA es un medicamento que pertenece al grupo de anticonvulsivos, es decir, disminuye la excitabilidad cerebral lo que disminuye la posibilidad de presentar convulsiones.

La epilepsia es una enfermedad crónica con convulsiones recurrentes, generadas por focos

en la corteza cerebral que generan descargas eléctricas no controladas. (negrilla fuera de texto)

Dentro del manejo de la epilepsia, el tratamiento indicado es administrar anticonvulsionantes a los pacientes que disminuyan al máximo dichas descargas con lo cual se evitan los episodios convulsivos.

Para el manejo de la paciente Bibiana García Rojas, el médico tratante (Raul Roberto Palma, neurólogo clínico) le viene formulando otros homólogos de la oxcarbamepina, como la carbamepina la cual es un derivado tricíclico del iminostilbeno. Estructuralmente es similar a fármacos psicoactivos (imipramina, clorpromazina y maprotilina) y comparte algunas características estructurales con los anticonvulsionantes (fenitoína, clonazepam y fenobarbital)...

La usuaria recibe carbamepina a dosis de 1200 mg día según se evidencia en la última consulta de fecha 7 de febrero de 2008 por lo cual la no administración de la oxcarbamepina no es vital, y se viene manejando con otras opciones...

Dentro de otros medicamentos anticonvulsionantes se encuentra el fenobarbital, la fenitoína sódica, el diazepam, el midazolam; el ácido valproico, la primidona y la etosuximida. Esto significa que para tratar las crisis convulsivas se cuenta con una serie de medicamentos anticonvulsionantes homólogos entre sí, lo que significa que existen múltiples opciones de tratamientos. Por esta razón, la oxcarbamepina, al tener otros medicamentos que actúan disminuyendo las convulsiones, tiene forma de reemplazarla, por lo que no es urgente ni vital su administración..."4

* Copia simple de la historia clínica de la señora Bibiana García Rojas.

8.- Mediante auto del once (11) de marzo de dos mil ocho (2008) esta Corporación ofició al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que emitiera concepto sobre la necesidad y conveniencia de la provisión del medicamento OXCARBAMEPINA para el adecuado manejo de los episodios de epilepsia que refiere la señora Bibiana García Rojas.

En cumplimiento de tal requerimiento el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias

Forenses allegó concepto médico⁵ sobre la epilepsia y su tratamiento con el medicamento OXCARBAMACEPINA en el que concluyó:

“En el contexto de la información aportada y la revisión bibliográfica realizada se puede establecer: “se trata de una paciente de aproximadamente 39 años de edad con diagnóstico de cuadro convulsivo-epilepsia de 32 años de evolución en tratamiento farmacológico, según lo registrado en informe técnico medico legal con oxenbazapina 2 tabletas al día, clonazepam 2 tabletas al día.

La epilepsia es Trastorno cerebral crónico de varias etiologías caracterizado por convulsiones recurrentes debido a una descarga de las neuronas, que requiere tratamiento farmacológico orientado a inhibir la excitabilidad eléctrica cerebral excesiva y produciendo los mecanismos de transmisión bioeléctrica a través de la membrana. La OXCARBAMACEPINA es un fármaco utilizado para el manejo de patologías neuropsiquiátricas como Crisis maníaca aguda, Profilaxis del Trastorno Bipolar (maníaco-depresivo), de la Depresión Mayor y Epilepsia. Su efectividad como anticonvulsionante esta dada porque produce bloqueo de los canales de sodio y reducción de la liberación de glutamato estabilizando la membrana neuronal, responsable de su acción antiepiléptica. Para el caso de la referencia con una paciente con diagnóstico de epilepsia estaría indicado según la literatura médica el uso de dicho medicamento. Es importante tener en cuenta que la indicación de un tratamiento y descripción de medicamentos corresponde en primer lugar al equipo medico tratante ya que son ellos quienes conocen la evolución de la patología en la tutelante y la tolerancia y adhesión por parte de la misma a los tratamientos instaurados⁶.” (negrilla fuera de texto)

Intervención de Humana Vivir A.R.S.

9.- La Administradora del Régimen Subsidiado de Salud Humana Vivir A.R.S a través de su Representante Judicial, Doctora Adriana Bermúdez Quintero solicitó la improcedencia de la tutela como quiera que:

1. Para el caso en particular, la patología y el servicio solicitado no se encuentran dentro de

las inclusiones del Acuerdo 306 de 2005, el cual reglamenta el Plan de Beneficios que abarca el Régimen Subsidiado.

1. El artículo 31 del Decreto 806 de 1998 y la Ley 715 de 2001, han establecido claramente que cuando el afiliado al régimen subsidiado necesite de servicios no incluidos dentro del POS-S, estos deben ser cubiertos por SUBSIDIO A LA OFERTA y los solicitados NO HACE PARTE DEL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN suscritos con las EPS-S.

1. Con la decisión de Humana Vivir A.R.S no se está vulnerando el derecho a la vida de la señora Bibiana García Rojas ya que el medicamento solicitado no es indispensable para el libre desarrollo de la personalidad ni la vida de la peticionaria.

1. Al no encontrarse el medicamento OXCARBAZAPINA incluido dentro del listado del POS, se presenta una falta de legitimidad en la causa en la parte pasiva para atender las pretensiones de la accionante por lo que, dicho servicio deberá ser cubierto por la accionante y en caso de incapacidad económica por la Secretaría de Salud del Tolima, en aplicación del artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

1. El tratamiento de la patología es una excepción al contrato suscrito por la Administradora del Régimen Subsidiado Humana Vivir y, siendo así, el médico tratante no hace parte de las IPS adscritas a la Secretaría de Salud Departamental.

Y solicitó que “de establecer que es nuestra entidad quien debe prestar los servicios NO POS, que solicita el accionante ORDÉNESE la Facultad del Recobro al Fosyga”⁸

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Única Instancia. Juzgado Segundo (2) Promiscuo Municipal de Mariquita - Tolima.

El Juzgado Segundo (2) Promiscuo Municipal de Mariquita - Tolima, mediante sentencia proferida el día cuatro (4) de septiembre de dos mil siete (2007) negó el amparo solicitado por la señora Bibiana García Rojas a sus derechos fundamentales a la vida, debido proceso, seguridad social y salud toda vez que:

1. El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social de la peticionaria son meramente asistenciales lo que imposibilita correlacionarlos con los derechos constitucionales a la vida y dignidad humana e impide calificarlos como fundamentales. Por tal razón, sobreviene el inconveniente de salvaguardarlos por la vía excepcional de la tutela.

1. La actora no acredita la incapacidad económica para sufragar el costo del medicamento OXCARBAMACEPINA y, no ha acudido a los entes del Estado para reclamar el medicamento prescrito en aplicación del artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

1. El médico tratante y quien ordenó el suministro de la droga OXCARBAMACEPINA no está adscrito a Humana Vivir A.R.S.

2) Expediente T-1751368. Rebeca de la Hoz de Cueto.

La señora Rebeca de la Hoz de Cueto interpuso acción de tutela en contra de Comparta A.R.S, por considerar vulnerados sus derechos constitucionales a la vida, seguridad social, salud e igualdad.

HECHOS.

La señora Rebeca de la Hoz de Cueto sustentó su demanda de acuerdo con los siguientes hechos:

1.- Manifestó que acudió al Hospital Universitario Fernando Troconis en la ciudad de Santa Marta para tratar la enfermedad que padece -DEMENCIA SENIL-.

2.- Expresó que, en esa oportunidad el médico tratante le recetó el medicamento AKATINOL X 10MG (1 CAJA) como tratamiento necesario para controlar su padecimiento.

3.- Señaló que, al acudir a la E.S.S Comparta para solicitar el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG (1 CAJA), estos le negaron su provisión por no encontrarse incluida dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

4.- Afirmó que, esa decisión le afectó en su salud pues, el medicamento AKATINOL X 10 MG (1 CAJA) es muy costoso y no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear su valor. Además, señaló ser una persona de tercera edad a la cual se le imposibilita conseguir dicha medicina por medios diferentes.

Solicitud de tutela.

5.- La señora Rebeca de la Hoz de Cueto considera vulnerados sus derechos constitucionales a la vida, seguridad social, salud, igualdad, protección a la niñez y saneamiento ambiental por lo que solicita se ordene a Comparta A.R.S suministrarle el medicamento AKATINOL X 10 MG en la dosis formulada - UNA (1) CAJA- por el médico del Hospital Universitario Troconis de la ciudad de Santa Marta, para así lograr un adecuado control de su enfermedad.

Pruebas aportadas al proceso

6.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia del carné de afiliación de la señora Rebeca de la Hoz de Cueto a la A.R.S. Comparta9.

-Copia del formato de gestión de servicios de salud y/o medicamentos no POS-S en el que consta la negativa en el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG (1 CAJA), para el tratamiento de la enfermedad -DEMENCIA SENIL- que la peticionaria padece, por parte de Comparta A.R.S10.

-Copia de la orden médica emitida por el médico tratante del Hospital Universitario Fernando Troconis, en la que se le receta a la señora Rebeca de la Hoz de Cueto la toma del medicamento AKATINOL X 10 MG (1CAJA) para el adecuado manejo de su enfermedad11.

Intervención de Comparta A.R.S.

7.- La Administradora del Régimen Subsidiado de Salud Comparta A.R.S. a través de su Gerente Departamental, Doctora Blanca Fernández Guerrero, solicitó la improcedencia de la tutela aduciendo que:

1. En conversaciones anteriores sostenidas directamente con la señora Rebeca de la Hoz de Cueto se le aclaró que el medicamento AKATINOL X 10 MG (1 CAJA) es uno de aquellos fármacos cuyo manejo no está contemplado en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado al que tienen derecho los afiliados de la E.S.S Comparta.

1. Los medicamentos excluidos del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado deben ser autorizados con cargo a los recursos que para tal fin ha dispuesto el Gobierno Nacional a través del Subsidio a la Oferta. Además, los suministros establecidos por las normas técnicas y no incluidas en el POS-S no son de carácter obligatorio; por lo tanto, las A.R.S. no son responsables de la realización no financiación de los mismos.

Por último, Comparta A.R.S., a través de su Gerente Departamental, señaló: “por todo lo anterior consideramos justo se tengan en cuenta las disposiciones legales en materia de distribución de los recursos destinados al cubrimiento de los servicios en salud requeridos por el sector mas vulnerable de la población, que en nuestro caso corresponde al ente territorial en este caso SALUD DEPARTAMENTAL.”¹²

III. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN.

Única Instancia. Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Cienaga -Magdalena.

El Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Cienaga- Magdalena, mediante sentencia proferida el día ocho (8) de agosto de dos mil siete (2007) negó el amparo solicitado por la señora Rebeca de la Hoz de Cueto a sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, seguridad social, salud, protección a la niñez y saneamiento ambiental toda vez que:

1. La señora Rebeca de la Hoz de Cueto en el escrito de tutela no manifiesta qué enfermedad padece.

1. La A.R.S Comparta le ofreció la información pertinente a la señora Rebeca de la Hoz de Cueto en el sentido de que el medicamento AKATINOL X 10 MG (1CAJA) no está contemplado en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, por lo que debía ser autorizado con cargo a los recursos que para tal fin ha dispuesto el Gobierno Nacional, a través del subsidio a la oferta.

1. La actora ha debido dirigirse a la Secretaría de Salud Departamental para que, una vez realizadas las diligencias pertinentes, se analizara la probabilidad en el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG.

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitidos los expedientes a esta Corporación, la Sala de Selección Número Once (11), mediante Auto del veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007) y la Sala de Selección Número Doce (12), mediante Auto del catorce (14) de diciembre de dos mil siete (2007), dispusieron su revisión por la Corte Constitucional.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

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

Presentación de los casos y problemas jurídicos objeto de estudio.

1) Expediente 1776593

2.- La señora Bibiana García Rojas considera que sus derechos fundamentales a la vida, seguridad social, salud y debido proceso han sido vulnerados por parte de Humana Vivir A.R.S. al negarle el suministro del medicamento OXCARBAMACEPINA, prescrito por el médico tratante del Hospital Federico Lleras Acosta de la ciudad de Ibagué, para manejar los ataques de epilepsia que presenta desde hace más de treinta (30) años por causa de una MENINGITIS padecida a los tres (3) meses de edad pues, tras agotar todos los tratamientos posibles, los mismos han sido inanes.

Por tal razón, solicita se ordene a Humana Vivir A.R.S el suministro del medicamento OXCARBAMACEPINA.

Por su parte, Humana Vivir A.R.S., por medio de su Representante Judicial, Doctora Adriana Bermúdez Quintero, sostuvo que en el presente caso no procede la acción de tutela como quiera que, el medicamento OXCARBAMACEPINA no se encuentra dentro del Plan de Beneficios que abarca el Régimen Subsidiado, por lo que debe ser cubierto por la Secretaría de Salud del Tolima a través del Subsidio a la Oferta.

El Juzgado Segundo (2) Promiscuo Municipal de Mariquita - Tolima negó el amparo solicitado por la señora Bibiana García Rojas pues en su concepto la tutelante (i) no acreditó su incapacidad económica para sufragar el costo del medicamento, (ii) el médico tratante no es un profesional adscrito a la A.R.S accionada y, (iii) no acudió a los entes del Estado para reclamar el medicamento OXCARBAMACEPINA, en aplicación del artículo 31 del Decreto 806 de 1998.

Para ampliar el acervo probatorio e instruirse mejor en el conocimiento del asunto objeto de discusión, esta Corte mediante autos del siete (7) de marzo de dos mil ocho (2008) y del once (11) de marzo del dos mil ocho (2008), ofició a Humana Vivir A.R.S y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, respectivamente, para que se pronunciaran sobre la necesidad del medicamento OXCARBAMACEPINA para el manejo de los episodios de epilepsia que la señora Bibiana García Rojas refiere.

2) Expediente T-1751368

3.- La señora Rebeca de la Hoz de Cueto considera que sus derechos fundamentales a la vida, seguridad social, igualdad y salud han sido vulnerados por parte de Comparta A.R.S al negarle el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG (1CAJA), recetado por el médico tratante del Hospital Universitario Fernando Troconis de la ciudad de Santa Marta, para contrarrestar las dolencias producidas por la enfermedad que padece -DEMENCIA SENIL-. Señala ser una persona de la tercera edad, sin recursos económicos suficientes para costear el valor del fármaco ordenado.

Por tal razón, solicita se ordene a Comparta A.R.S el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG (1CAJA).

Por su parte, Comparta A.R.S., por medio de su Gerente Departamental, Doctora Blanca Fernández Guerrero, solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela toda vez que, el medicamento AKATINOL X 10 MG (1CAJA) no se encuentra dentro del Plan de Beneficios que abarca el Régimen Subsidiado a que tienen derecho los afiliados de Comparta A.R.S por lo que, ha debido ser autorizado y suministrado por la Secretaría de Salud Departamental a través del Subsidio a la Oferta.

El Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Ciénaga - Magdalena negó el amparo solicitado por la señora Rebeca de la Hoz de Cueto pues la peticionaria, al conocer que el medicamento AKATINOL X 10 MG no se encontraba dentro del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, ha debido acudir a la Secretaría de Salud Departamental para que a través del Subsidio a la Oferta le autorizaran y suministraran el fármaco recetado.

4.- Con fundamento en lo expuesto, debe la Sala revisar la sentencias emitidas que niegan las protecciones solicitadas. En este orden de ideas, deberá resolver los siguientes asuntos (i) ¿Humana Vivir A.R.S vulnera los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y debido proceso de la señora Bibiana García Rojas al negarle el suministro del medicamento OXCARBAMACEPINA para tratar los ATAQUES DE EPILEPSIA que la aquejan por más de treinta años? (ii) ¿Comparta A.R.S vulnera los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de la señora Rebeca de la Hoz de Cueto al negarle el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG (1 CAJA) para contrarrestar las dolencias producidas por la DEMENCIA SENIL que padece? (iii) ¿Las Administradoras del Régimen Subsidiado pueden negar el

suministro de un medicamento, so pretexto de no estar incluido en el POS-S, aún cuando de por medio está la prevalencia de los derechos fundamentales de los afiliados?

Para resolver las cuestiones planteadas estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) el derecho a la salud como derecho fundamental susceptible de ser protegido a través del mecanismo de tutela; (ii) el suministro de medicamentos excluidos del POS-S y las formas de protección de los derechos fundamentales por parte de las A.R.S frente a servicios no incluidos en el POS-S (iii) analizar los casos concretos.

Derecho a la Salud. Derecho Fundamental de carácter prestacional susceptible de ser protegido a través de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 todos los ciudadanos tienen derecho a que el Estado, en cumplimiento de los fines que le son propios¹³, les garantice la prestación del servicio público de salud.

Con base en ello, esta Corporación entendió que el derecho a la salud, al estar consagrado constitucionalmente como un servicio público y un derecho asistencial¹⁴, era uno de aquellos que para ser objeto de protección a través del mecanismo de tutela era necesario que su desconocimiento conllevara a su vez, a la amenaza o violación de un derecho fundamental, para así ser protegido o amparado en uso propio de la figura de la conexidad.

Toda esa concepción alrededor del derecho a la salud, se debió a que por más de una década esta Corporación distinguió los derechos civiles y políticos en su doble dimensión: derechos fundamentales o de primera generación susceptibles de ser protegidos por vía de tutela y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional cuya protección no se daba en un primer momento a través del mecanismo de tutela, sino en la medida en que el accionante entrara a demostrar que el desconocimiento de su derecho había conllevado a la amenaza o desconocimiento de un derecho fundamental, la mayoría de las veces el de la vida¹⁵. A esa clase de derechos, esta Corte los denominó derechos fundamentales por conexidad, dentro de los cuales se encontraba el derecho a la salud.

Pues bien, esa línea jurisprudencial en torno al derecho a la salud, entendido como un derecho de contenido prestacional y un servicio público de carácter esencial cuya conexidad con un derecho fundamental alcanzaba a ser objeto de la acción constitucional de tutela, se

matizó a raíz de la sentencia T-016 de 2007, con la que se precisa la jurisprudencia de esta Corte y se resalta el carácter de fundamental de todos los derechos, independientemente de su carácter civil, político, cultural, económico y social. En esa oportunidad se dijo:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, 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. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios -económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”

De esta forma, esta Corte amplió el espectro de protección del derecho a la salud sin despojarlo de su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, enfatizando, eso sí, en su condición de derecho fundamental. Por consiguiente, cuando quiera que las instancias políticas o administrativas competentes sean omisivas o renuentes en implementar las medidas necesarias para orientar la realización de estos derechos en la práctica, a través de la vía de tutela el juez puede disponer su efectividad, dada su fundamentalidad, más aún cuando las autoridades desconocen la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales¹⁶.

Por lo tanto, es claro que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo cuya eficacia depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, esto no implica que por ello deje de ser un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. El Estado tiene un amplio margen para decidir la forma como habrá de proteger el derecho fundamental a la salud y en este sentido, tal como lo señala el artículo 49 de la Constitución Política de 1991: “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentarla prestación del servicio de salud a los habitantes y (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.”.

Ahora bien, para esta Corte una de las manifestaciones del derecho fundamental a la salud es el recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado así como el definido en la Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas¹⁷. De allí, que cada vez que se niegue un servicio, tratamiento o un medicamento señalado en el P.O.S se esté frente a una presunta violación del derecho fundamental a la salud, cuya verificación y posterior resolución corresponde al juez de tutela.

Suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y las formas de protección de los derechos fundamentales por parte de las A.R.S frente a servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Reiteración de jurisprudencia.

5.- Esta Corte en reiteradas ocasiones ha sostenido que cuando las A.R.S no están obligadas a suministrar medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S, la protección al derecho fundamental a la salud puede llevarse a cabo ya sea “(i) mediante la orden a la A.R.S para que 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 el peticionario solicita¹⁸.” debido a que, “las restricciones que imponen los Planes Obligatorios de Salud no son oponibles a aquella

porción de la población más pobre y vulnerable (por razón de su estado de salud mental, edad o nivel de desarrollo), por tratarse de sujetos que merecen una especial protección por parte del Estado.¹⁹”

Ahora bien, conforme al anterior planteamiento, para esta Corporación es claro que cuando se trata de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud o Plan Obligatorio de Salud Subsidiado es necesario que los jueces, en aplicación de los principios de universalidad y solidaridad y, dando un cabal cumplimiento al artículo 4° de la Constitución Política, inapliquen aquellas disposiciones que restringen la entrega de medicamentos ó impiden la realización de ciertos tratamientos, para hacer efectivo el derecho a la salud de los accionantes, eso si, siempre teniendo en cuenta que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud es necesario sacrificar ciertas necesidades de segundo orden para poder atender un mayor volumen de aquellas del primer orden con los aportes que llegan al Sistema pues, de lo contrario, los aportes hechos al régimen contributivo y extendido al subsidiado, a penas alcanzaría para algunos afiliados²⁰.

Sin embargo, este Tribunal también ha señalado que ello no es una regla de aplicación absoluta y que es labor del juez constitucional entrar a determinar en cada caso concreto, cuándo la aplicación estricta de los reglamentos del Sistema de Seguridad Social en Salud y las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud y Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, pueden conllevar al desconocimiento de la finalidad del Sistema y la violación de un derecho fundamental. Se trata de resolver la tensión existente entre la efectividad de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad social (artículo 48 de la Constitución Política), que justifican la delimitación de las responsabilidades de naturaleza prestacional a cargo de las entidades promotoras de salud y la debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio.

Con base en las premisas anteriormente señaladas, esta Corte ha establecido ciertas reglas que sirven de guía al juez para determinar en qué eventos es procedente inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud o del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado que excluyen determinados medicamentos, procedimientos y servicios y así, obtener una racionalización del Sistema.

En este orden de ideas, es preciso que el juez de tutela constante:

1. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

1. “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

1. “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

1. “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” 21

Una vez constatados los supuestos de hecho necesarios para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud o del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, el juez debe ordenar la protección del derecho fundamental a la salud mandando, ya sea el suministro de un medicamento, la realización de una intervención quirúrgica ó, en fin, aquello solicitado por el peticionario.

De los casos en concreto.

1) Expediente T-1776593. Bibiana García Rojas.

6.- De acuerdo con lo establecido por esta Corte, la protección al derecho fundamental a la

salud de la señora Bibiana García Rojas es procedente mediante el mecanismo de tutela toda vez que, se evidencia una presunta violación a su derecho por parte de Humana Vivir A.R.S al negarle el suministro del medicamento OXCARBAMACEPINA al encontrarse excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. En este sentido, esa Corte es competente para conocer y resolver del caso en cuestión.

Así las cosas, en el expediente obra prueba que demuestra que la ausencia del suministro del medicamento OXCARBAMACEPINA puede amenazar o vulnerar la vida e integridad física de la peticionaria, habida cuenta que de acuerdo con el concepto médico realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses cada crisis de epilepsia produce “una alteración momentánea del funcionamiento cerebral, debida a la descarga súbita y desproporcionada de los impulsos eléctricos que habitualmente utilizan las células del cerebro²³ y requiere de un “tratamiento farmacológico orientado a inhibir la excitabilidad eléctrica cerebral excesiva y produciendo los mecanismos de transmisión bioeléctrica a través de la membrana²⁴”; razones que la Sala encuentra suficientes para evidenciar la necesidad y urgencia del suministro del medicamento recetado.

Por otro lado, es innegable que el medicamento OXCARBAMACEPINA no puede ser sustituido por otro similar contemplado en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado como quiera que, se demostró que a la señora Bibiana García Rojas ha presentado una refractariedad a los demás fármacos recetados. En efecto, en el expediente consta que a la peticionaria se le ha tratado con diferentes medicamentos²⁵ -fenobarbital, epamin y carbamazepina- y los mismos le han causado efectos adversos a su salud, afectando gravemente su integridad física.

Ahora bien, al ser la señora Bibiana García Rojas beneficiaria del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud y al no desvirtuar en la contestación de la demanda la A.R.S. Humana Vivir el hecho de no poseer la peticionaria los recursos económicos suficientes para costear el valor del medicamento recetado, demostrando que efectivamente sí contaba con la capacidad económica requerida para sufragar su valor, para la Sala la sumatoria de esos dos hechos es prueba suficiente para demostrar que, efectivamente, la señora Bibiana García Rojas no cuenta con los recursos económicos suficientes para cubrir el monto del medicamento recetado -OXCARBAMACEPINA-.

Por último, si bien es cierto que Humana Vivir A.R.S en la contestación de la demanda alega el hecho de no estar adscrito el médico tratante a las IPS de la Secretaría de Salud Departamental, lo cierto es que Jesta Corporación, mediante auto del siete (7) de marzo de dos mil ocho (2008), ofició a Humana Vivir A.R.S para que los médicos adscritos a dicha entidad desvirtuaran la orden emitida por el galeno que maneja la patología de la señora Bibiana García Rojas, pronunciándose sobre la necesidad del medicamento recetado -OXCARBAMACEPINA- sin que emitieran un concepto diferente al que ya reposaba en el expediente en el sentido de poderse tratar la epilepsia con los fármacos anteriormente relacionados (fenobarbital, epamin y carbamazepina) y que han generado consecuencias adversas en la salud de la peticionaria. Por ello, este Tribunal decidió acudir²⁶ ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, tercero imparcial en el asunto, para que emitiera concepto sobre la necesidad del medicamento recetado por el médico tratante -OXCARBAMACEPINA- teniendo en cuenta que la señora Bibiana García Rojas había presentado una refractariedad a los demás tratamientos. En respuesta a tal requerimiento, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses conceptualizó sobre el mismo y reseñó: “La Oxcarbamacepina es un fármaco utilizado para el manejo de patologías neuropsiquiátricas como crisis maníacas aguda, Profilaxis de Trastorno Bipolar (maniaco depresivo), de la Depresión Mayor y Epilepsia. Su efectividad como anticonvulsionante está dada porque produce bloqueo de los canales de sodio y reducción de la liberación de glutamato estabilizando la membrana neuronal, responsable de su acción antiepiléptica. Para el caso de la referencia con una paciente con diagnóstico de epilepsia estaría indicado según la literatura médica el uso de dicho medicamento. Es importante tener en cuenta que la indicación de un tratamiento y prescripción de medicamentos corresponde en primer lugar al equipo médico tratante ya que son ellos quienes conocen la evolución de la patología en la tutelante y la tolerancia y adhesión por parte de la misma a los tratamientos instaurados.”²⁷ (negrilla y subrayado fuera de texto) hecho que demuestra que ante todo debe atenderse al diagnóstico del médico tratante que conoce y ha manejado la patología de la peticionaria y su evolución.

Con base en ello, la Sala considera que para el caso de la referencia el médico que ordenó el suministro del medicamento OXCARBAMACEPINA y quien ha manejado los ataques de epilepsia que la peticionaria refiere, cumple el requisito señalado por esta Corte, en el sentido de ser el médico tratante quien formule el medicamento excluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Por consiguiente, puede concluirse que en el caso de la referencia Humana Vivir A.R.S desconoció los derechos fundamentales de la señora Bibiana García Rojas al negarle el suministro del medicamento OXCARBAMACEPINA para el manejo y control de los ataques de epilepsia que ella padece pues, la peticionaria reunía todos los requisitos establecidos por esta Corte para el suministro de un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, más aún, tratándose de una persona que padece una enfermedad crónica cuyas crisis se presentan en cualquier momento afectando gravemente su integridad física. En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el juez de instancia y se ordenará a Humana Vivir A.R.S suministrarle el medicamento OXCARBAMACEPINA a la señora Bibiana García Rojas.

2) Expediente T-1751368. Rebeca de la Hoz de Cueto.

7.- De acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Corte, la protección al derecho fundamental a la salud de la señora Rebeca de la Hoz de Cueto es procedente mediante el mecanismo de tutela toda vez que, se evidencia una presunta violación a su derecho por parte Comparta A.R.S. al negarle el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG al encontrarse excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. En este sentido, esa Corte es competente para conocer y resolver del caso en cuestión.

Ahora bien, de acuerdo con el acervo probatorio que reposa en el expediente es indiscutible que la señora Rebeca de la Hoz de Cueto padece una DEMENCIA SENIL la cual debe ser tratada con el medicamento AKATINOL, fármaco que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Por ello, la Sala considera pertinente analizar la situación de la peticionaria con el fin de establecer si se adecua a los parámetros establecidos por esta Corporación para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud del Régimen del Subsidiado.

Así las cosas, es indiscutible que el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG a la señora Rebeca de la Hoz de Cueto es indispensable para llevar una vida en condiciones dignas como quiera que la enfermedad que la peticionaria padece -DEMENCIA SENIL- afecta la memoria y el comportamiento de las personas, razón por la que debe ser controlada conforme el tratamiento prescrito por el médico tratante; tratamiento que, para el caso en cuestión, consiste en el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG (1 CAJA)28.

Por otro lado, en razón de que en el presente caso se está frente a una persona que hace parte de la población más pobre y vulnerable (por razones de estado de salud mental, edad y nivel de desarrollo)²⁹ la carga probatoria para demostrar que el medicamento recetado -AKATINOL- puede ser sustituido por otro de igual efectividad incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, corresponde a la A.R.S accionada, es decir a Comparta A.R.S, cuestión que no alegó dentro del término de contestación de la demanda³⁰, por lo que esta Sala tomará ese hecho como si el medicamento AKATINOL no pudiera ser sustituido por otro incluido dentro del POS-S.

En relación con la capacidad económica de la peticionaria para sufragar el costo del medicamento recetado, tal como se señaló en líneas anteriores, al estar frente a una persona inscrita al régimen subsidiado de salud, perteneciente a un sector poblacional de escasos recursos, es evidente que no cuenta con la disponibilidad económica para costear el valor del fármaco recetado. Además, la señora Rebeca de la Hoz de Cueto señala en el escrito de la demanda poseer una situación económica caótica³¹.

Por último, en el expediente obra prueba que demuestra que el medicamento recetado - AKATINOL - como tratamiento necesario para manejar la DEMENCIA SENIL que la señora Rebeca de la Hoz de Cueto padece, fue ordenado por un médico adscrito a Comparta A.R.S.³²

Por consiguiente, puede concluirse que en el caso de la referencia Comparta A.R.S desconoció los derechos fundamentales de la señora Rebeca de la Hoz de Cueto al negarle el suministro del medicamento AKATINOL X 10 MG (1 CAJA) como tratamiento necesario para controlar la DEMENCIA SENIL que ella padece pues, la peticionaria reunía todos los requisitos establecidos por esta Corte para el suministro de un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, más aún, tratándose de una persona de la tercera edad que no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear su valor y cuya enfermedad afecta gravemente la vida en condiciones dignas. Por ello, se revocará la sentencia proferida por el juez de instancia y se ordenará a Comparta A.R.S. suministrarle el medicamento AKATINOL X 10 MG (1 CAJA) a la señora Rebeca de la Hoz de Cueto.

V. 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 de instancia única, proferido por el Juzgado Segundo (2) Promiscuo Municipal de Mariquita - Tolima el día cuatro (4) de septiembre de dos mil siete (2007) dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Bibiana García Rojas contra Humana Vivir A.R.S y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la salud, vida, integridad física y seguridad social de la señora BIBIANA GARCÍA ROJAS.

Segundo: REVOCAR el fallo de instancia única, proferido por el Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Ciénaga- Magdalena el día ocho (8) de agosto de dos mil siete (2007) dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Rebeca de la Hoz de Cueto contra Comparta A.R.S y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos a la salud, vida, vida en condiciones dignas y seguridad social de la señora REBECA DE LA HOZ DE CUETO.

Tercero: ORDENAR a la Representante Judicial de Humana Vivir S.A. EPS, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice el suministro del medicamento denominado OXCARBAMACEPINA a la ciudadana BIBIANA GARCÍA ROJAS, de acuerdo con las prescripciones y periodicidad que para el efecto se ha autorizado.

Cuarto: ORDENAR al Gerente Departamental de la A.R.S Comparta Magdalena, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice el suministro del medicamento denominado AKATINOL X 10 MG a la ciudadana REBECA DE LA HOZ DE CUETO, de acuerdo con las prescripciones y periodicidad que para el efecto autorice su médico tratante.

Quinto: ADVERTIR a Humana Vivir S.A. E.P.S A.R.S. y Comparta A.R.S que puede repetir lo que pague en cumplimiento de este fallo y que exceda de las prestaciones y beneficios del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado, ante la Subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Sexto: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto

2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JÁIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 2, Folio 1.

2 Cuaderno, Folio 1.

3 Cuaderno 2, Folio 17 y 18.

4 Cuaderno 1, Folios 17 y 18.

5 Cuaderno 1, Folios 71, 72, 73, 74, 75 y 76.

6 Cuaderno 1, folio 76.

7 Cuaderno 2, Folios 12 y 13.

8 Cuaderno 2, Folio 14.

9 Cuaderno 2, Folio 3.

10 Cuaderno 2, Folio 4.

11 Cuaderno 2, Folio 5.

12 Cuaderno 2, Folio 34.

13 De acuerdo con el artículo 2ª de la Constitución Política de 1991 son fines esenciales del Estado, “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;...”

14 Para cuya realización es necesario acciones legislativas y administrativas que se traduzcan en la elaboración de un compendio de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su prestación. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-544 de 2002 y T-304 de 2005.

16 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-523 de 2007.

17 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-101 de 2006.

18 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-632 de 2002.

19 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T- 523 de 2007. También consúltese las sentencias T-134 de 2002; T-544 de 2002 y T- 738 de 2003.

20 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T- 236 de 1998.

21 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, Sentencia SU-819 de 1999 y Sentencia T-237/03.

22 Cuaderno 1, Folio 22 al folio 50.

23 Cuaderno 1, Folio 72.

24 Cuaderno 1, Folio 76.

25 Cuaderno 2, Folio 17.

26 Mediante Auto del once (11) de marzo de dos mil ocho (2008).

27 Cuaderno 1, Folio 76.

28 Cuaderno 2, Folios 4 y 5.

29 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T- 523 de 2007.

30 Cuaderno 2, Folios 33 y 34.

31 Cuaderno 1, Folio 2.

32 Cuaderno 2, Folio 4 .