

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHOS FUNDAMENTALES-Conexidad/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicios vitales y esenciales para el mantenimiento de una vida digna

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Efectividad/INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Hipótesis fácticas que la determinan

La jurisprudencia constitucional ha diseñado diversas hipótesis fácticas por medio de las cuales puede determinarse si en un caso concreto, debe inaplicarse la regulación establecida en el POS. Ha indicado que tal situación ocurre, especialmente cuando (i) la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado. (ii) se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. (iii) Cuando el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no puede acceder a él por ningún otro modo o sistema. (iv) Cuando el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Suministro de oxígeno domiciliario en pipetas y no en máquina generadora por razones económicas

En el caso sub examine, el actor es un adulto mayor (75 años de edad), que de acuerdo al testimonio rendido en la ampliación de la demanda de tutela, no es jubilado ni cuenta con ingresos adicionales, sino que por el contrario depende económicamente de sus hijos con quienes convive actualmente y se encargan de su manutención. Es, en consecuencia, una persona en una situación de debilidad manifiesta, a quien no puede imponérsele una mayor carga económica, consistente en el mantenimiento del generador de oxígeno. Para esta Sala, tal situación afecta su derecho fundamental a la salud, pues la entidad le impone indirectamente un obstáculo para que acceda a su tratamiento, librándose de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente, al trasladarle a éste

la carga económica de producir el oxígeno que necesita.

Referencia: expediente T-848599

Acción de tutela incoada por Carlos Álvarez Sánchez contra Saludcoop.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de mayo de dos mil cuatro (2004).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, dicta la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

El actor interpuso acción de tutela en contra de Saludcoop EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

Señala el actor que su médico tratante le prescribió suministro continuo de oxígeno, por cuanto padece serios problemas pulmonares. Argumenta que la entidad accionada no quiere reconocer el oxígeno domiciliario permanente. Asegura que esa entidad le suministró un generador de oxígeno, que funciona con energía eléctrica, pero indica que el oxígeno producido por el generador no tiene los mismos efectos que el oxígeno de pipeta. Sostiene que en días pasados el oxígeno por generador empeoró su cuadro clínico, porque dicha máquina no alcanza a oxigenar bien sus pulmones.

En la ampliación de demanda de tutela realizada por el juzgado de primera instancia, el señor Carlos Octavio Álvarez señaló que tiene 75 años, que sufre del corazón y los pulmones. Indica que el oxígeno producido por compresor no tiene los mismos efectos que el de pipeta. Adicionalmente, indica que el compresor de oxígeno gasta mucha luz, cuestión que los ha

afectado económicamente. Asegura que le informaron a la demandada sobre el asunto, pero sostiene que le contestaron que si quería el oxígeno debía acudir a la acción de tutela. Indica que Saludcoop no les volvió a brindar el oxígeno en pipetas, por lo cual sus hijos se han visto en la necesidad de conseguírselas, a un costo individual de setenta y cinco mil pesos, para una duración de un día. Al preguntársele sobre sus ocupaciones el demandado contestó lo siguiente “no hago nada, no soy jubilado, dependo de los hijos, tengo cuatro hijos”.

De igual forma, el juzgado recibió la declaración del señor Dagoberto Álvarez Cortes, hijo del demandante, quien indicó lo siguiente: “Díganos , a qué se dedica su papá? CONTESTÓ: No trabaja porque se mantiene muy enfermo en la cama, nosotros los hijos somos los que velamos por él, unas veces está donde mí y otras veces donde los otros hijos, ya que somos por todos cuatro hijos con una mujer (...) nosotros cuando podemos le damos diez mil pesos semanales para alimentación, cuando hay que comprarle droga también le ayudamos y cuando hay que comprar el oxígeno que no le puede faltar y con ese motivo fue que montamos la tutela, los demás hermanos tienen carrito que se mantienen en la galería para chiviarlos (sic), pero ahora esto está muy malo y además ellos también tienen obligación y tienen de tres a cuatro hijos, o sea que la ayuda que le damos a mi padre es muy poca”.

El juzgado también recibió la declaración de la señora Olga Lucia Henao Villalba, quien afirmó lo siguiente: “Díganos, debido a la enfermedad que padece su suegro, cuánto cree usted que se gasta en el mes para comprar el oxígeno que requiere? CONTESTO: semanal debe consumir 4 pipetas, ya que las tiene que utilizar diario, cada pipeta cuesta setenta y cinco mil pesos.”

2. Respuesta de la entidad demandada

El señor Fernando Adolfo Echavarria, gerente regional de Saludcoop EPS, contestó la acción de tutela. Señala que la entidad que representa no ha vulnerado el derecho fundamental del actor. Indica que efectivamente el demandante requiere un suministro de oxígeno en forma permanente, continuo y por largos periodos de tiempo. Por tal razón, se le suministró un equipo concentrador de oxígeno, que brinda al usuario una mayor comodidad en el manejo, transporte y almacenamiento. Argumenta que no existe diferencia en el oxígeno de pipeta y el del generador, cuestión que es fácilmente verificable a través de un examen denominado gases arteriales. Indica que si presenta algún cambio en su sintomatología, podrá consultar

con su médico tratante a fin de que se realicen los exámenes tendientes a aclarar su estado y respuesta al tratamiento.

De acuerdo a las pruebas solicitadas por el juez, el Instituto Nacional de Medicina intervino en el proceso. Indica que el paciente no observa una dificultad respiratoria marcada. No tiene signos clínicos de descompensación. Respecto de la diferencia entre el oxígeno suministrado por pipeta o por generador, señaló lo siguiente:

“Se evalúa al señor Carlos Octavio Álvarez Sánchez, quien viene sin oxígeno suministrado por aparatos. Mientras espera en silla para ser evaluado y durante el examen no se observa dificultad respiratoria marcada. (...) no tiene signos clínicos de descompensación. Para saber más específicamente, se requiere un nuevo examen de PH y gases arteriales y prueba de función pulmonar (...) Una pipeta contiene oxígeno que una máquina recoge del medio ambiente en unos contenedores y la empresa lo recoge lo envasa en tales pipetas. El generador, es un contenedor pero a menor escala. Es decir, no toma aire para almacenarlo y distribuirlo en recipientes más pequeños sino que lo recoge y lo entrega al paciente. Visto así, no hay diferencia en cuanto a su calidad. La diferencia mayor es de tipo económico relativo (Subrayado original) mientras que para quien compra el oxígeno de pipetas es menos rentable que comprar generadores y prestarlos, para el paciente en cambio, es más rentable recibirlo en pipetas que usar un aparato que consume energía y no es cosa desconocida el alto costo de la energía en nuestra región. En resumen no hay diferencia en calidad. La diferencia mayor es de tipo económico relativo. Mientras que para quien compra el oxígeno de pipetas es menos rentable que comprar generadores y prestarlos, para el paciente en cambio, es más rentable recibirlo en pipetas que usar un aparato que consume energía y no es cosa desconocida el alto costo de la energía en nuestra región. (...) el caso se analizó con médico internista y con terapeuta respiratoria. Consideramos que por lo que hemos observado en varios pacientes que argumentan sentir poca mejoría con los generadores, es la dependencia psicológica que hacen de la pipeta, pues en la clínica, por la monitorización a los pacientes, no se observa esta diferencia”.

4. Pruebas.

4.1. Registro y evolución médica del señor Carlos Octavio Álvarez Sánchez, certificado por el Hospital San Juan de Dios – Empresa Social del Estado. (Rionegro – Antioquia)

4.2. Copia simple del Carné de Saludcoop EPS, en el cual el accionante aparece como beneficiario de Fabiola Lucía Cano Parra.

4.3. Orden médica en la cual se le formula al señor Carlos Álvarez oxígeno domiciliario permanente.

4.4. Diagnostico ecocardiográfico suscrito por el doctor Luis Andrés Labarda, en el cual se señala “dilatación severa de las cavidades derechas. Insuficiencia tricúspide moderada, hipertensión pulmonar severa, esclerosis y calcificación de las sigmoideas aórticas, lo que genera un gradiente de presión significativo y una estenosis aórtica moderada. Fracción de eyección discretamente disminuida.”

4.5. Respuesta del médico Juan Edgar Marín Restrepo, en el cual señala que “el paciente Carlos Octavio Álvarez Sánchez padece una enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), con severo deterioro de su función ventilatoria, lo que hace que para su supervivencia deba tener suministro de oxígeno de 16 a 20 horas diarias (...) las pipetas de oxígeno que requiere semanalmente son de 2.3 aproximadamente.(...) no existe diferencia entre el oxígeno suministrado a través de pipeta y el suministrado por una máquina eléctrica”.

4.6. Concepto enviado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

II. SENTENCIA QUE SE REVISA.

El Juez Segundo Penal Municipal de Rionegro – Antioquia, denegó la protección solicitada.

Para el juzgado, no puede deducirse que la EPS, al no suministrar el oxígeno en pipeta, esté incumpliendo el plan obligatorio de salud. Indica que los conceptos científicos aportados no demuestran que el oxígeno por generador sea distinto al de pipeta. Argumenta que es el médico tratante quien debe decidir qué es lo más aconsejable, para ordenar los exámenes científicos y averiguar por qué está ocurriendo esta situación. Sin embargo, advierte a la EPS que en caso de que el paciente continúe afirmando que el oxígeno por generador no tiene los mismos efectos que el de pipeta, deberá hacerlo evaluar por un especialista para determinar si debe cambiarse la prescripción.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos. Primero, si existe una diferencia de calidad entre el generador de oxígeno y el oxígeno por pipetas, que afecta la salud del demandante, con lo cual es vulnerado su derecho fundamental a la salud y segundo, si la diferencia económica entre el generador de oxígeno y el oxígeno por pipetas, afecta el principio de accesibilidad a los servicios de salud, con lo cual se afecta el derecho fundamental a la salud del accionante.

3. El derecho fundamental a la salud.

Esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud, prima facie, no tiene carácter fundamental, debido a su carácter prestacional o asistencial. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que existen diversos casos en los cuales éste derecho adquiere un carácter fundamental, ya sea (i) por su conexidad con otros derechos, o (ii) de manera autónoma.

El primero de éstos se presenta cuando un paciente requiere servicios que no están incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero que son vitales y esenciales para el mantenimiento de una vida digna. Una extensa línea de precedentes ha justificado su amparo, especialmente cuando ha podido probarse que no prestar el servicio, afectaría o pondría en peligro los derechos a la vida y a la dignidad humana. Desde las sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992 fue expuesto este criterio de la siguiente manera:

“Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho

a la vida.”

Tal línea ha sido acogida y reiterada en múltiples fallos, como por ejemplo en la sentencia T-419 de 20011 en donde esta Corporación precisó²:

“La Corte Constitucional, desde tiempo atrás, ha reconocido la procedencia de la acción de tutela para solicitar la efectividad de los derechos denominados simplemente prestacionales, sociales o económicos y no contemplados como fundamentales en la Carta, bajo la condición de que su vulneración ponga en duda la efectividad de éstos últimos³.

Lo anterior teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre la salud y el derecho a vivir con dignidad, porque, además, no se puede desconocer que la realidad económica en muchos casos impide que las personas atiendan, con recursos propios, sus requerimientos de salud y los de sus familiares enfermos, aunque sean apremiantes. Y cuando el estado de salud pone en riesgo la existencia misma del invocante, no cabe duda que la acción de tutela se presenta como el único medio capaz de evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.”

La jurisprudencia constitucional ha diseñado diversas hipótesis fácticas por medio de las cuales puede determinarse si en un caso concreto, debe inaplicarse la regulación establecida en el POS. Ha indicado que tal situación ocurre, especialmente cuando (i) la falta del medicamento o el procedimiento excluido por la norma legal o reglamentaria amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado. (ii) se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. (iii) Cuando el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no puede acceder a él por ningún otro modo o sistema. (iv) Cuando el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se halle afiliado el demandante⁴

En estos eventos, el derecho a la salud es un derecho fundamental por su conexidad con el derecho a la vida, y puede solicitarse su protección por medio de la acción de tutela. Pero debido a que el medicamento o el tratamiento no está incluido dentro del POS, esta Corporación ha estimado que no puede obligarse a la Entidad Promotora de Salud a sufragar

esos gastos, razón por la cual le asiste a ésta el derecho de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, por el costo del tratamiento.

En el segundo de los casos, en el cual puede afirmarse que el derecho a la salud tiene un carácter fundamental de manera autónoma, se presenta cuando puede constatarse la existencia de regulaciones internas sobre salud. En tales situaciones, las personas adquieren subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en esa normatividad, especialmente en el llamado Plan Básico de Salud. En aquellos eventos en los cuales existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, o cuando se impide el acceso en casos de urgencia a mujeres embarazadas y a niños menores de un año, puede afirmarse que existe una violación al derecho fundamental a la salud, sin que sea necesario establecer una amenaza a otro derecho fundamental como la vida, para que la acción de tutela proceda.

En reciente decisión de esta Corporación, se señaló sobre este punto lo siguiente:

“Al adoptarse internamente un sistema de salud –no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003.

Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos⁵.”⁶

Cuando se afecta un mínimo de condiciones a través del cual las personas aseguran sus propias vidas, es procedente que el juez evite la vulneración del derecho fundamental a la salud, ordenando la aplicación de las regulaciones previstas, pues su desconocimiento afecta directamente derechos fundamentales y produce perjuicios que dependiendo del caso, pueden llegar a ser irremediables.

La protección por vía de tutela del derecho a la salud, procede cuando los prestadores del servicio inaplican una norma existente sobre éste servicio y ponen en riesgo con este hecho la vida de una persona. No brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud. En éstos eventos, la labor del juez consiste en desplegar su actividad a la constatación de la omisión de una obligación de hacer por parte de alguna entidad que brinda el servicio de salud, que con éste actuar vulnera el derecho a la igualdad y a la vida. Probados los hechos, está facultado para ordenar que esa situación sea corregida, tal y como ésta Corporación lo ha hecho entre otras, en las sentencias T - 282 de 1999, T - 859 de 2003 y T - 860 de 2003.

4. Caso concreto.

En el presente caso el accionante asegura que el generador de oxígeno no tiene los mismos efectos que el oxígeno en pipeta, con lo cual se ha afectado su derecho a la salud. Adicionalmente, señala que el oxígeno por máquina le genera unos mayores costos que no está en capacidad de sufragar.

En el caso sub examine el actor alega que le fue prescrito el suministro continuo de oxígeno por parte de su médico tratante. Sin embargo, asegura que debido al alto consumo de pipetas de oxígeno, le fue cambiado el sistema de suministro, de tal forma que la Entidad Prestadora del Servicio de Salud al cual está afiliado, le dio un generador del gas. Señala que el oxígeno por generador no tiene los mismos efectos que el de las pipetas, por lo cual se ha sentido asfixiado.

Sobre este punto, tanto el demandado como el Instituto de Medicina Legal, señalaron que es igual la calidad del oxígeno por pipetas y por generador. De forma particular, el Instituto de Medicina Legal indica que el caso fue analizado con especialistas en la materia (médico internista y terapeuta respiratoria), quienes han concluido que ciertos pacientes generan una

dependencia psicológica de la pipeta.

Con base en esa opinión científica, prima facie debería negarse la acción de tutela impetrada, por cuanto no se evidencia una afectación del derecho fundamental a la salud del accionante. En efecto, la EPS está brindando la atención y los tratamientos a la enfermedad del señor Carlos Álvarez Sánchez, utilizando diversos mecanismos para atender sus padecimientos. Además, existen opiniones científicas en las que se señala que el oxígeno por pipeta es igual al oxígeno por generador.

Sin embargo, debe observarse que existe una diferencia de tipo económico entre el oxígeno por generador y el oxígeno por pipetas, ya que el primero resulta más oneroso para el paciente, mientras que el segundo resulta más costoso para la entidad prestadora de salud. Si bien es cierto que la Corte ha sostenido en otras oportunidades⁸ que en virtud del principio de solidaridad, puede exigirse a los pacientes la cancelación de pagos moderadores, copagos y pagos compartidos, no puede entenderse esto como una facultad para que las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud descarguen directa o indirectamente, el costo total de un tratamiento o un medicamento incluido en el POS. Tal situación afecta el principio de accesibilidad a los tratamientos y medicamentos diseñados en el Plan Básico de Salud, por cuanto se impone un obstáculo económico injustificado a las personas, no previsto en la ley, para que él mismo indirectamente costee su tratamiento.

Como puede observarse en las pruebas que obran en el expediente, en el caso sub examine, el Señor Carlos Álvarez Sánchez es un adulto mayor (75 años de edad), que de acuerdo al testimonio rendido en la ampliación de la demanda de tutela, no es jubilado ni cuenta con ingresos adicionales, sino que por el contrario depende económicamente de sus hijos con quienes convive actualmente y se encargan de su manutención. Es, en consecuencia, una persona en una situación de debilidad manifiesta, a quien no puede imponérsele una mayor carga económica, consistente en el mantenimiento del generador de oxígeno. Para esta Sala, tal situación afecta su derecho fundamental a la salud, pues la entidad le impone indirectamente un obstáculo para que acceda a su tratamiento, librándose de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente, al trasladarle a éste la carga económica de producir el oxígeno que necesita.

A juicio de esta Sala, tal situación afecta el derecho fundamental a la salud del accionante,

especialmente por vulnerar el principio de acceso efectivo a los tratamientos y medicamentos incluidos en el POS. Por las razones expuestas, la Sala amparará el derecho fundamental a la salud del señor Carlos Álvarez Sánchez. En consecuencia, se ordenará a la entidad, que suministre al paciente el oxígeno en pipetas, de acuerdo a la prescripción que ha hecho su médico tratante.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Rionegro Antioquia, el día veintiocho (28) de octubre de dos mil tres (2003) en la cual negó la tutela al señor Carlos Octavio Álvarez Sánchez, y en su lugar CONCEDER la tutela de su derecho fundamental a la salud.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS SALUDCOOP que en el término de 48 horas proceda a suministrar al paciente el oxígeno en pipetas, de acuerdo a la prescripción que ha hecho su médico tratante.

TERCERO. Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 M.P. Álvaro Tafur.

3 En relación con la naturaleza de los derechos prestacionales y la condición por la cual pueden hacerse efectivos por vía de tutela, se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-597 de 1993, T-467 de 1994, T-207 de 1995, T-162 de 1996, T-270 de 1997 y T-0120 de 1999.

4 Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; T-491 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-300/01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Ver sentencia SU-819 de 1999.

6 Cf. Sentencia T – 859 de 2003.

7 Art. 1 del acuerdo 228 de 2002 “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones” código anatofarmacológico V07A código administrativo, principio activo O005 forma 90 concentración 1

8 Cf. C – 112 de 1998, T 523 de 2001 y T – 138 de 2004