

Sentencia T-572/02

DERECHO A LA SALUD-Exclusión de tratamiento de fertilidad por no estar en el POS/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exclusión de tratamiento de fertilidad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Interpretación de normas en la Constitución y en la ley 100 de 1993

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Por regla general no está obligada a suministro de medicamento no relacionado en la lista/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Continuidad en tratamiento de fertilidad ya iniciado

La EPS no está obligada, por ministerio de la ley a la entrega del medicamento no relacionado en la lista. Sin embargo, si el tratamiento con ese medicamento se ha iniciado, con la anuencia de la EPS, entra en juego, para el análisis constitucional, la continuidad en la prestación del servicio. Y, entonces, la arbitrariedad consistiría en suspender un tratamiento iniciado, que se torna imprescindible porque de lo contrario afectaría la integridad física del paciente, su dignidad como persona, la vida digna a la cual tiene derecho y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo iniciado.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Prestación sin interrupción

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamentos señalados por médico tratante aunque no figure en POS

DERECHO A LA SALUD-Continuidad en suministro de tratamiento y medicamentos de fertilización excluidos del POS/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Vulneración de derechos fundamentales

Esta Corte ha señalado que no se puede suspender el tratamiento, si el médico tratante así lo prescribe. Aplicar las inyecciones, según el médico tratante, “en el caso en mención se hace absolutamente necesario, ya que la paciente tiene como diagnóstico una falla ovárica prematura”. Romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos anteriormente mencionados (dignidad, igualdad, integridad

física, confianza legítima).

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Continuidad en suministro de medicamentos de fertilización excluidos del POS/ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repeticón contra el Fosyga

Referencia: expediente T-570403

Peticionaria: Esther López Chinchilla

Procedencia: Juzgado 29 Penal Municipal de Cali

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra quien la preside, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado 29 Penal Municipal de Cali y Juzgado 1° Penal del Circuito de Cali, en la acción de tutela instaurada por la señora Ely Esther López Chinchilla contra COOMEVA E.P.S..

ANTECEDENTES

1. La peticionaria afirma que tiene derecho a desarrollarse libremente como mujer, a lograr una maternidad, lo cual no le ha sido posible porque carece de medios económicos para sufragar la droga requerida para superar una deficiencia orgánica. Expresa que entre mas tiempo pase aumenta el peligro de no quedar embarazada (actualmente tiene treinta y cinco años) y esto la está afectando psicológicamente.

1. Como la peticionaria está afiliada a COOMEVA E.P.S. (ha cotizado 181 semanas), y al mismo tiempo está con medicina prepagada en la misma entidad, planteó su situación ante

el médico tratante. A consecuencia de ello le practicaron una intervención quirúrgica, laparoscopia, para verificar si puede o no concebir. El dictamen médico señala que no ha estado ovulando y que esta es la causa para no procrear.

1. Le iniciaron un proceso de inducción a la ovulación. El ginecólogo le ordenó pastillas de zimaquin, sin resultados positivos. Entonces se pasó a un tratamiento mas costoso con ampollas de pergonal, una diaria por cinco días, sin respuesta favorable. Tampoco han dado resultados la medicina bioenergética y la acupuntura. Dice la peticionaria que las pastillas de zimaquin le fueron obsequiadas por el médico ya que ella carecía de fondos para comprarlas.

1. La solución que los médicos indican es la de una dosis mayor de pergonal. Como a la paciente se le informó que el tratamiento no estaba dentro del listado del POS, solicitó por escrito, el 21 de junio de 2001, que le fuera entregado dicho medicamento.

1. El 27 de junio de 2001 la Asistente Jurídica de COOMEVA EPS le respondió a la peticionaria que para entregar el medicamento se requería autorización del Comité Técnico Científico de Coomeva. Además, que para tal efecto se debía llenar un formato de COOMEVA y que tiene este encabezamiento: "COOMEVA SOLICITUD JUSTIFICACION DE MEDICAMENTOS NO POS". El formulario se llenó y se entregó a COOMEVA junto con los otros documentos exigidos como son: la fórmula del médico de medicina prepagada, quien pertenece al grupo de COOMEVA; fotocopia del carnet de COOMEVA y de la cédula de ciudadanía y un resumen de la historia clínica, que en una de sus partes indica que se intentará lograr la ovulación mediante la utilización de pergonal y que si esto no se logra "el paso final será llevar esta pareja a fertilización asistida o comunmente llamado bebé probeta".

1. La interesada presentó su solicitud el 6 de julio de 2001 y el 23 del mismo mes y año le negaron la petición porque el Comité Técnico Científico rechazó la solicitud en razón de que el tratamiento para infertilidad no está en el plan obligatorio de salud según consta en la Resolución 5261, artículo 18. Le dicen: "Este es un medicamento para tratamiento de infertilidad, se encuentra por fuera del Plan Obligatorio de Salud y por lo tanto debe ser cubierto por recursos propios del usuario."

1. Afirma la peticionaria que aunque ella es abogada, no tiene cargo alguno y sus ingresos profesionales mensuales oscilan entre \$300.000,00 y un millón de pesos. Agrega que su

esposo con quien convive, es odontólogo y trabaja independientemente, no tiene suficiente volumen de pacientes, y solo hasta el año pasado terminó de pagar el consultorio. Agrega la accionante que con lo que reciben ambos cónyuges apenas alcanza para pagar el arrendamiento y los gastos de sostenimiento de la pareja y del padre de la peticionaria que está a su cargo.

8. En la solicitud de tutela pide la accionante que se le indique a COOMEVA E.P.S. que autorice el tratamiento de infertilidad, incluyendo las drogas o si es del caso inseminación artificial o bebé probeta. En declaración juramentada ante el juez de primera instancia, insiste en la entrega del medicamento: “Lo único es que necesito la ayuda de la justicia colombiana, porque en realidad mi situación económica no me da para pagarme el tratamiento y el concepto de mis médicos es que con este tratamiento en forma continua voy a tener la posibilidad de ser madre y de dar vida a un ser , pero dicha posibilidad no la puedo tener sin la droga que me deben aplicar para el tratamiento, razón por la cual presenté esta tutela, como mi último recurso para ser mamá”.

PRUEBAS

- a. Solicitud de 21 de junio de 2001 dirigida a COOMEVA para que autoricen la droga pergonal.
- a. Respuesta de COOMEVA de fecha 27 de junio de 2001, indicándole qué debe hacer para entrega de droga no autorizada por el POS.
- a. Formato diligenciado de COOMEVA para “Solicitud justificación de medicamentos no POS”.
- a. Resumen de la historia clínica de la paciente Esther López Chinchilla.
- a. Fotocopia de la cédula de ciudadanía. La señora López Chinchilla nació el 2 de septiembre de 1966.
- a. Fotocopia del carnet de COOMEVA, vigente.

a. Dos facturas de la institución “Medicina reproductiva” por compra de inyecciones de pergonal.

a. Respuesta de COOMEVA, de fecha 23 de julio de 2001, rechazando el tratamiento.

a. Declaración juramentada de Esther Chinchilla.

a. Informe de COOMEVA al juez del conocimiento oponiéndose a la tutela porque no se afectan derechos fundamentales de la paciente y porque el tratamiento no figura dentro del POS.

PRUEBAS RECEPCIONADAS DURANTE LA REVISION

El 14 de junio del presente año, la Sala Sexta de Revisión profirió un auto para mejor proveer y solicitó información sobre estos dos puntos:

1. Al doctor Alejandro Victoria Borrero, si la no aplicación del medicamento denominado pergonal, que se le recetó a la señora Ely Esther López Chinchilla, implica una afectación física o psicológica para dicha señora.

El mencionado ginecólogo-obstetra contestó lo siguiente:

“El medicamento pergonal (hormona foliculoestimulante + gonadotropina menopáusica humana) se utiliza en aquellas mujeres con dificultad para lograr el embarazo de forma natural y en las cuales se identifiquen problemas de ovulación que en el caso en mención se hace absolutamente necesario, ya que el paciente tiene como diagnóstico una falla ovárica prematura. La única manera de que esta paciente tenga la oportunidad de quedar embarazada es mediante la estimulación con este tipo de medicamentos de ovulación.

“Dando respuesta a la pregunta específica de que si la no utilización del pergonal implica una afectación física o psicológica a la señora. La respuesta en concreto es: no tiene por qué afectarla desde ningún punto de vista. Lo importante a tener en cuenta es que sin este medicamento o cualquier otro que se requiera para la estimulación de la ovulación, la señora Esther López Chinchilla es incapaz de lograr un embarazo y esto si llevaría la afectación psicológica y por lo tanto física ya que para ella y su pareja en el momento es de suma importancia lograr el embarazo.” (subraya fuera de texto).

2. A COOMEVA E.P.S., se le pidió que informara si se había dado cumplimiento al fallo de tutela proferido, en segunda instancia, por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Cali, y en caso afirmativo, cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado a la señora López en virtud de la sentencia de tutela y cuál el resultado obtenido. Igualmente se le pidió que indicara si el doctor Alejandro Victoria Borrero pertenece al mismo grupo de COOMEVA como médico en POS o en medicina prepagada y si sus determinaciones médicas, en cuanto a tratamientos y medicinas que ordene para los pacientes afiliados a COOMEVA son atendidas por dicha EPS. Y, por último, se solicitó a la EPS que dijera si la señora Ely Esther López Chinchilla actualmente es usuaria de COOMEVA en la EPS y en medicina prepagada.

COOMEVA respondió que la señora Esther López Chinchilla sí está afiliada a Coomeva EPS y a Coomeva medicina prepagada y que el doctor Alejandro Victoria sí está en capacidad de atender a usuarios de Coomeva EPS, pero que con posterioridad la paciente fue remitida donde el doctor José Ignacio Madero.

Respecto al cumplimiento del fallo de tutela, dice expresamente:

“Efectivamente Coomeva EPS S.A. ha cumplido con el fallo de tutela a favor de la señora Esther López Chinchilla mediante la entrega de medicamentos según fórmulas médicas entregadas por el médico tratante, doctor José Ignacio Madero, quien no pertenece a la red de profesionales de la EPS, pero la paciente acude donde el doctor Alejandro Victoria Borrero, ginecólogo quien en su calidad de médico de la red de la EPS transcribe la fórmula y con base en ella Coomeva EPS S.A. ordena su suministro.....

“En nuestro poder solo reposa historia clínica parcial de la señora López Chinchilla, en la que se registra ingreso a MEDIFERTIL de la ciudad de Bogotá D.C. el 11 de marzo de 2002 donde se inicia plan con histeroscopia y análogo de GnRH. En la evolución del 14 de marzo del mismo año se escribe: ‘acude el día de hoy menstruando. Mañana FSH y E2 para valor la supresión. De acuerdo a resultados se iniciará la FShr (gonal F) a dosis de 300UI diarias por los antecedentes de la mala respuesta. Se realizará fertilización in vitro”.

La EPS agrega que hasta la fecha, se le han entregado a la señora López medicamentos por un valor de \$ 11'189.400,00.

Igualmente se remitió a la Corte Constitucional la fotocopia del contrato de medicina

prepagada suscrita entre Coomeva y la señora López Chinchilla. En él aparecen como excluidos del programa los siguientes tratamientos:

“CLAUSULA SEXTA.EXCLUSIONES PARA TODOS LOS PROGRAMAS. Mamoplastia, rinoplastia, cirugía estética, implante coclear, enfermedades congénitas, hereditarias, pre-existentes al ingreso del usuario, diagnóstico y tratamiento de alergias, tratamientos nutricionales, odontológicos, psiquiátricos, del alcoholismo, de la farmacodependencia y sus consecuencias, lesiones producidas por el intento de suicidio, sus consecuencias y secuelas, tratamiento psicológico, pruebas psicológicas y psicoanálisis, las correcciones quirúrgicas de los defectos de la refracción ocular, estudio y/o tratamiento para la esterilidad o infertilidad (primaria y secundaria), estudios genéticos, diálisis, chequeo tipo ejecutivo, servicios exclusivos de enfermería, suministro de prótesis, suturas mecánicas, ortosis y demás elementos de uso ortopédico, lentes, audífonos, marcapasos y otros elementos empleados para mejorar o reemplazar funciones orgánicas o en la realización de un acto quirúrgico. Medicamentos prescritos en tratamiento ambulatorio o de uso no hospitalario y no producidos en el país, sangre y sus derivados, pruebas de laboratorio para determinar tipo de sangre para transfusiones, material de osteosíntesis, tratamiento de reposo, procedimientos con técnica nuevas que se encuentren en fase de experimentación en Colombia o que no hayan sido avalados por la Auditoría Médica de Salud Coomeva M.P. S.A., tratamientos médicos y/o quirúrgicos de autolesiones (concausadas voluntariamente) o por negligencia del usuario, citas voluntarias, lesiones y secuelas por traumas para los cuales no se haya solicitado asistencia médica dentro de la semana siguiente a la ocurrencia del evento, ayudas diagnósticas, procedimientos y tratamientos ordenados por profesionales de la salud NO adscritos a Salud Coomeva M.P. S.A., las lesiones o heridas originadas por la práctica de deportes o considerados peligrosos tales como toreo, automovilismo, motociclismo, vuelo de cometas, artes marciales, Programa Oro, siempre y cuando no sean profesionales en los mismos. Tratamientos odontológicos y psiquiátricos, tratamientos domiciliarios de cualquier índole, aplicación de medicamentos y oxígeno domiciliario, servicios exclusivos de enfermería no están excluidos de cobertura para los usuarios del Programa Oro, siempre y cuando sean previamente aprobados por la Auditoría Médica de Salud Coomeva M.P. S.A. No se cubre analgesia obstétrica ni post-quirúrgica. No se cubren elementos de uso personal en los usuarios hospitalizados.

Parágrafo. Las preexistencias de acuerdo con las definiciones del numeral 16 de la cláusula

2ª y las complicaciones o continuaciones de tratamientos no cubiertos por Salud Coomeva M.P. S.A. estarán excluidos de cobertura para todos los planes y programas”.

SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

El Juzgado 29 Penal Municipal de Cali negó la tutela porque en su sentir no se está amenazando la vida de la paciente y porque el tratamiento de infertilidad “puede resultar fallido”.

En segunda instancia conoció el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali. En sentencia de enero 16 de 2002 revocó la decisión del a-quo y ordenó a COOMEVA E.P.S. que en el término de 48 horas “proceda a entregar a la actora la droga que le fue recetada por el ginecólogo tratante Alejandro Victoria Borrero, en posología que este indicó al momento de diligenciar el formato de justificación de medicamento NO POS y recibido el 6 de julio de 2001 por la Dirección Médica”. Igualmente señaló la sentencia que COOMEVA puede repetir contra el FOSIGA por el costo del medicamento y que el FOSIGA en el término de 48 horas, a partir de la presentación y formalización de la cuenta de cobro, debe pagar lo correspondiente.

Para el ad-quem el derecho a la vida no solamente se refiere al hecho de respirar sino que incluye el derecho a vivir con dignidad. Además, el derecho a la salud incluye ejercer normalmente todas las funciones orgánicas y una de ellas es la ovulación. Indica que el tratamiento médico no obliga a un resultado, por consiguiente, debe intentarse ya que la mujer tiene derecho a procrear y no se la puede discriminar. También indica que si no se efectúa el tratamiento las consecuencias son dañinas mental y emocionalmente. Se fundamenta en jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre entrega de medicamentos no incluidos en el POS cuando el tratamiento se requiere para garantizar derechos fundamentales.

Insistencia para la selección

Como inicialmente la tutela no fue seleccionada, el Magistrado Jaime Araujo Rentería ejerció dentro del término el derecho a la insistencia. Consideró muy importante el caso por las siguientes razones:

1. En sentencias T-1104/00 y T-689/01 se ha negado la cobertura del POS para la infertilidad.

1. Pero, “Asimismo es necesario que la Corte se pronuncie sobre el alcance del derecho de la pareja y, de manera particular, de la mujer, a concebir un hijo mediante asistencia científica”.

c. En la insistencia se formulan estos interrogantes: “Deben el Estado y las entidades prestadoras de salud, proveer los medios para asistir a la mujer o al hombre infértiles, en aras de la protección especial de la familia y de los derechos de la vida digna, a la salud o a la autodeterminación del ser humano y de la pareja? Siendo que, al tenor del artículo 42 de la Constitución, los hijos procreados con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes que los demás, debe el Estado asistir a la pareja para que sea efectiva su procreación cuando ellos no pueden hacerlo por medios naturales o no desean acudir a alternativas legales para tener hijos, tales como la adopción?”

FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Esta Corte es competente para revisar el fallo de tutela de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el decreto 2591 de 1991; así mismo por la selección del respectivo expediente.

TEMAS JURIDICOS

Existe actualmente jurisprudencia de esta Corte que declara improcedente la acción de tutela para extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a operaciones que tienen que ver con el tratamiento para la infertilidad. Existen dos precedentes sobre esta materia:

El primero corresponde a la petición de una señora para que se le practicara un procedimiento quirúrgico denominado laparoscopia operatoria. La sentencia T-689/01 negó el amparo con fundamento en las siguientes razones:

“Por una parte, por la regulación que se ha hecho de los servicios comprendidos por el Plan Obligatorio de Salud pues entre ellos no se encuentra el tratamiento para la infertilidad. Esa exclusión no sólo constituye el legítimo desarrollo de una facultad de configuración legal sino que además es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio colombiano.

Por otra parte, porque si bien el Texto Fundamental dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer ha de ser objeto de la especial asistencia y protección del Estado, ese deber de asistencia y protección opera siempre que la procreación sea posible y sólo impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear.”

La anterior decisión de la Corte Constitucional invocó una jurisprudencia contenida en la T-1104/00 que dijo lo siguiente:

“Se colige de lo expuesto que el deber de atención en salud que vincula constitucionalmente al Estado con sus asociados no encuentra justificación razonable cuando éste se dirige a posibilitarle mediante una acción positiva, verbigracia una intervención médico quirúrgica, el derecho a la maternidad de una mujer cuya función procreadora no puede ejercerse normalmente por causa no imputable al ente estatal.

Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación - aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada sobre planificación familiar, etc.”

Sea de aclarar que el caso que dio lugar al anterior precedente (T-1104/00) fue el siguiente:

una docente instauró tutela contra la entidad encargada de la prestación del servicio de salud al magisterio y solicitó le fuera realizada una cirugía de recanalización de su trompa izquierda. La Corte denegó el amparo por sustracción de materia puesto que la operación se le efectuó a la peticionaria con resultados satisfactorios. Pero, de todas maneras, en la argumentación se consideró que el tratamiento operatorio no estaba dentro del POS ya que expresamente había sido excluido.

Como en los precedentes indicados, se trataba de peticiones para práctica de operaciones quirúrgicas y ahora se plantea, como primer paso, la entrega de medicamentos, hay necesidad de formular la siguiente pregunta:

¿Es viable romper la continuidad en la entrega de los medicamentos, para tratamiento de infertilidad, con el argumento de que el tratamiento de fertilidad está excluido del POS?

En el presente caso existen unas circunstancias nuevas, no contempladas en los precedentes jurisprudenciales:

1. Un médico tratante de la EPS ha determinado el tratamiento de fertilidad de la señora que instaura la tutela, mediante la aplicación de inyecciones;

1. El tratamiento con medicamentos ya se inició. Las inyecciones se principiaron a aplicar, bien sea por actitud humanitaria del médico que las obsequió o bien sea por sufragarlas en todo o en parte la paciente; y, actualmente, se aplican por determinación del juez de tutela; es decir, hay un tratamiento médico en curso;

1. El mismo médico tratante indica que el tratamiento para que sea efectivo requiere de un mayor número de inyecciones que se deben aplicar;

1. La paciente no solamente está afiliada al POS sino a medicina prepagada.

En conclusión: se debe dilucidar si la suspensión de los medicamentos viola derechos fundamentales.

Por consiguiente, para responder lo que se plantea en el presente caso, no solamente hay

que estudiar las dos jurisprudencias antes citadas, sino que hay que tener en cuenta la interpretación que se le debe dar a las normas constitucionales sobre el tema de la seguridad social y la viabilidad de la tutela para reclamar la continuidad de un tratamiento.

1. La seguridad social en la Constitución y en la ley 100 de 1993

Nueve son las ramas básicas de la seguridad social¹: asistencia sanitaria, vejez, prestaciones por enfermedad, desempleo, accidentes de trabajo, prestaciones familiares, maternidad, invalidez, muerte y supervivencia, y, además, lo que modernamente se denomina servicios sociales. Tales ramas aparecen en los Reglamentos de la Comunidad Europea y en el Convenio 102 de la OIT (1952) que señala las normas mínimas en seguridad social. Convenio que no ha sido aprobado por Colombia, pero que es una fuente importante para conocer cuál es la teoría de la seguridad social.

El artículo 48 de la C.P. habló en general de la seguridad social. El artículo 49 se limitó a la seguridad social en salud. Ambas normas le trasladaron el diseño del sistema al legislador. En la ley 100 de 1993 solamente se habló de la seguridad social en salud, de la seguridad social en pensiones y de los riesgos profesionales.

Tratándose de trabajadores independientes afiliados a la seguridad social, la prestación debida es “prestaciones por enfermedad” (dentro de la teoría de la seguridad social). Por consiguiente, rubros no comprendidos en dicha ley no pueden ser reclamables a las EPS.

Además, la misma Constitución permitió que el servicio lo prestaran los particulares. Una de las consecuencias de ello es el equilibrio financiero. Por eso se hace, por parte del Estado, un listado de medicamentos que deben ser entregados en caso de ser recetados. Si un medicamento no está incluido, en principio, la EPS no está obligado a entregarlo. Pero eso no significa que esté prohibido dar el medicamento que no aparece en lista. Tan es así que existen dos causas para dar dichos medicamentos:

a. La jurisprudencia ha señalado que excepcionalmente se puede ordenar la entrega de medicamentos, aunque no estén en el listado, si se afecta el derecho a la vida del afiliado. En cuyo caso la EPS puede repetir contra el FOSIGA.

b. Puede existir otra circunstancia en la cual el medicamento se entrega aunque no esté en el

listado. Eso ocurre cuando la propia EPS, previo un trámite interno, facilita al usuario la recepción de dicho medicamento.

La pregunta que surge es si esta última atribución siempre es discrecional, de parte de la EPS. Como ya se explicó, la EPS no está obligada, por ministerio de la ley a la entrega del medicamento no relacionado en la lista. Sin embargo, si el tratamiento con ese medicamento se ha iniciado, con la anuencia de la EPS, entra en juego, para el análisis constitucional, la continuidad en la prestación del servicio. Y, entonces, la arbitrariedad consistiría en suspender un tratamiento iniciado, que se torna imprescindible porque de lo contrario afectaría la integridad física del paciente, su dignidad como persona, la vida digna a la cual tiene derecho y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo iniciado.

3. La continuidad en la prestación del servicio de salud

A este respecto la Corte Constitucional ya se ha pronunciado en la sentencia SU-562/99, de la siguiente manera:

“El artículo 48 de la C. P. indica que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Por consiguiente, se constitucionalizó la seguridad social con un fuerte contenido de política social.²

En la jurisprudencia constitucional, a nivel general y para todas las personas, se tiene como eje la idea de que la realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos 48, 49, 11, 366 de la Constitución, sino también por el conjunto de reglas contenidas en leyes, decretos y acuerdos, en cuanto no sean contrarios a la Carta. Todas esas normas constituyen un derecho prestacional, eso significa que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y en la cláusula del Estado Social de Derecho.

En ese contexto el sistema de seguridad social en Colombia es mixto, pues puede ser prestado por el Estado o por los particulares, mediante delegación de aquél. Por esa delegación estatal las EPS prestan el plan obligatorio de salud (POS) que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica (art. 11 decreto 1938

de 1994).

Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema, luego opera el llamado equilibrio financiero.

A nivel particular, tratándose de trabajadores dependientes (o sus beneficiarios) el sistema de seguridad social también se sujeta al sistema mixto antes indicado, sin perder la perspectiva de que el artículo 53 de la C.P. le da una connotación adicional (ser la seguridad social inherente a la relación laboral) y ello fortalece el carácter de servicio público esencial (ya señalado en los artículos 2 y 4 de la ley 100 de 1993).

Por lo tanto, la jurisprudencia de la C-177 de 1998 antes transcrita, que moduló el artículo 209 de la ley 100 de 1993, se integra con los artículos 103, 104 y 105 de la ley 222 de 1995 y con proposiciones normativas constitucionales contenidas en los artículos 365, 53 y 2° de la C. P. dentro de la siguiente argumentación:

El artículo 365 de la C.P. leído conjuntamente con la jurisprudencia transcrita permite concluir que tratándose de trabajadores dependientes puede haber consecuencias adicionales al tema de la salud en general.

En efecto dice el artículo 365: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado. Es deber del estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 C.P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2°.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.”

Las mismas razones que existen para los trabajadores dependientes se predicen de los trabajadores independiente, respecto en la continuidad en la prestación del servicio.

La sentencia SU-480/97 dijo sobre el objeto de la protección tutelar y la entrega de medicamentos:

“No sobra recordar que la Corte ha indicado que curar no es solamente derrotar la enfermedad, puede ser aliviarla, mitigar el dolor, aumentar las expectativas de vida. El enfermo no está abocado a abandonarse a la fatalidad, desechando cualquier tratamiento, por considerarlo inútil ante la certeza de un inexorable desenlace final; todo lo contrario, tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, si así lo desea, porque la vida es un acontecer dinámico, para disfrutarla de principio a fin; de manera que el hombre tiene derecho a que se la respeten las fases que le resten para completar su ciclo vital.

Los medicamentos señalados por el médico tratante, deben ser los esenciales, con presentación genérica a menos que solo existan los de marca registrada. (artículo 23 del decreto 1938/94).

A lo anterior hay que agregar, por venir al caso en las acciones que motivan este fallo, otra norma de la ley 23 sobre la exigencia de no privar de asistencia al enfermo “incurable”:

“artículo 17.- La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente.

Una de las etapas en el tratamiento es la de recetar medicamentos, la citada ley indica:

“artículo 33.- Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”.

Esta última disposición conlleva, entre otras, esta conclusión obvia: que sólo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia, con presentación genérica, a menos que sólo existan los de marca registrada.

Además, este aspecto lo desarrolla la Resolución del Ministerio de Salud 5261 de 1994 que contempla el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del P.O.S.; artículo 13, “formulación y despacho de medicamentos,” donde, entre otras cosas, se indica que “La

receta deberá incluir el nombre del medicamento en su presentación genérica”.

Todas esas reglas se recogen en el decreto 1938 de 1994. Precisamente el artículo 23, párrafo 4º de ese decreto, se refiere a la prescripción de medicamentos, y allí se dice que debe hacerse por escrito, por el personal de salud debidamente autorizado, lo cual excluye la entrega de remedios por auto-medicación, y sólo se permite que quien recete sea “personal profesional autorizado para su prescripción.”

Los medicamentos incluidos en el listado oficial deben entregarse por la EPS; y si está de por medio la vida del paciente no importa que no estén en listado, luego se inaplica el literal g- del artículo 15 del decreto 1938 de 1994.”

La entrega de medicamentos opera siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente. Y sobra decir que en este aspecto el médico debe actuar con respeto a la ética médica, como se aprecia en el presente caso.

En la sentencia T-457/01, que prosperó, se adoptó una posición mas garantista. Se trataba de una señora que no podía tener hijos por permanentes abortos. La protección se sustentó en lo siguiente:

La falta de urgencia en la práctica requerida no autoriza a las instituciones del sistema de salud a evadir de manera indefinida la atención del paciente, pues como se ha dicho la dilación injustificada puede agravar el padecimiento y, eventualmente llevar la enfermedad a límites inmanejables donde la recuperación podría resultar más gravosa o incierta, comprometiendo la integridad personal e, incluso la vida del afectado. En consecuencia es obligación de la entidad prestadora del servicio, adelantar las gestiones en el menor tiempo posible para que el usuario no padezca el rigor de su mal, más allá de lo estrictamente indispensable³.

Por último, es del caso llamar la atención sobre la idoneidad de otro medio de defensa cuando se reconoce la vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, la existencia de otro mecanismo de defensa judicial queda subordinado a la acción de tutela por la inminencia o posibilidad de un daño irreparable a la vida e integridad de las personas. Quienes prestan servicios de salud deben entender el carácter público e

indispensable de su acción para perseguir en cada uno de los casos no sólo la atención inmediata sino la garantía de un tratamiento oportuno. Condiciones que se desvirtúan por completo cuando no se garantiza la continuidad en la atención. En el presente caso la institución de salud incumple sus propias ordenes e interrumpe injustificadamente la prestación del servicio poniendo en riesgo la salud de la paciente.”(Lo resaltado es fuera de texto).

CASO CONCRETO

a. Secuencia de los hechos,

En la tutela instaurada por la señora Esther López Chinchilla se tiene lo siguiente:

1. Como afiliada a Coomeva, el 23 de octubre de 1999, los doctores Victoria y Nasser le realizaron una laparoscopia. Afirmación hecha en la solicitud de tutela y confirmada en el resumen de la historia clínica que obra en el proceso.

1. El 9 de octubre de 2000 el médico tratante, doctor Victoria, le inicia el tratamiento. En este proceso obra la fórmula médica. Por esta época se le aplica la droga zimaquin. La tutelante dice bajo juramento que se la obsequió el médico tratante porque tenía muestras gratis.

1. El 9 y el 10 de octubre de 2000 se expidieron facturas, que obran en el expediente, sobre venta de inyecciones de pergonal a la tutelante.

1. El 15 de junio de 2001 se entrega el resumen de la historia clínica de la tutelante donde se dice que se le hizo una laparoscopia y, además, lo siguiente: “ Ante la no consecución del embarazo y la confirmación de los ciclos anovulatorios se inició el esquema de inducción de ovulación con citrato de clomifeno con resultados muy pobres ya que no se logra el objetivo que en ese momento era la ovulación.. Se intentan dosis crecientes y en múltiples oportunidades sin respuesta....Se decide posteriormente la utilización de esquemas de ovulación solo con la utilización de pergonal, paso en el cual actualmente nos encontramos.....”.

1. El 21 de junio de 2001 la señora López Chinchilla solicitó por escrito a Coomeva que le

entregaron el medicamento pergonal, recetado por el médico tratante y que aparecía en la historia clínica. Obra copia de esta petición.

1. El 26 de junio de 2001 el médico tratante ordena aplicación del medicamento homegon (pergonal) , en intensidad de dos ampollas diarias por dos días y una ampolla diaria por seis días (está la fórmula en el expediente).

1. El 27 de junio de 2001 Coomeva le responde por escrito a Esther López indicándole que el medicamento pergonal no está dentro del listado. Pero le advierte que el Comité Técnico Científico de Coomeva EPS puede definir la autorización , previa presentación de unos documentos que relaciona Coomeva.

1. El 5 de julio de 2001, en formato de Coomeva, denominado “SOLICITUD JUSTIFICACION DE MEDICAMENTOS NO POS”, el médico tratante Alejandro Victoria solicita el medicamento pergonal para infertilidad primaria (12 ampollas por ciclo).

1. El 23 de julio de 2001 Coomeva responde que el Comité Técnico Científico rechazó la entrega de pergonal o homegon porque el tratamiento de infertilidad está por fuera del POS.

1. La señora afirma bajo juramento que su situación económica es precaria, razón por la cual no puede comprar un número elevado de inyecciones. Por eso instaura la tutela.

a. Planteamiento del problema en el caso sub judice

La solicitante preferencialmente ubica su reclamo en el tratamiento que tiene que ver con la entrega de medicamento para infertilidad. Los hechos y la argumentación apuntan en ese sentido. En el escrito de impugnación se hace mención a la dosis del medicamento y nada más. Solo en el petitorio se habla de “inseminación artificial o bebé probeta”.

El médico tratante, al firmar la solicitud de justificación de medicamentos no POS, se refirió únicamente a la entrega del medicamento pergonal, para “infertilidad primaria”.

La sentencia que se revisa y que concedió la tutela, expresamente se refiere a la posología indicada “al momento de diligenciar el formato de justificación de medicamento no POS”. Es decir que el fallo no se refirió a la inseminación artificial, sino a ese procedimiento de

fertilidad de primer grado como lo califica el médico tratante, doctor Victoria.

Por otro aspecto, tanto la peticionaria como el médico tratante y COOMEVA se refieren única y exclusivamente al tratamiento dentro del Plan Obligatorio de Salud. De manera que, para efectos de la tutela, pasa a ser intrascendente el análisis de la medicina prepagada a la cual también está afiliada la peticionaria.

c. Situación frente a la continuidad del tratamiento

Desde 1999 se le inició en COOMEVA el tratamiento de fertilidad a la peticionaria. El médico actuó y ha venido actuando dentro de los postulados de la ética médica. Se le practicó a la señora una laparoscopia y se le recetó inicialmente una droga que no surtió efectos. En el año 2000 ya se le receta el pergonal y se le aplica en pequeña dosis. Se requirió aumentar la dosis y obviamente había que conseguir las inyecciones. Es entonces cuando se suspende la continuidad del tratamiento por imposibilidad manifiesta de la paciente para cubrir el valor del medicamentos. Solicita que se le entreguen las inyecciones mediante los requisitos señalados por COOMEVA EPS. La petición la evaluó el Comité Técnico Científico de COOMEVA. Ante la respuesta negativa, se instaura la tutela y en segunda instancia se ordena continuar con el tratamiento y así ha ocurrido.

d. Conclusiones

1. Esta Corte ha señalado que no se puede suspender el tratamiento, si el médico tratante así lo prescribe. Aplicar las inyecciones, según el médico tratante, “en el caso en mención se hace absolutamente necesario, ya que la paciente tiene como diagnóstico una falla ovárica prematura”.(Informe remitido a la Corte).

1. En le presente caso, en el informe enviado a la Sala Sexta de Revisión, el ginecólogo-obstetra, médico tratante de la peticionaria, indica que “Lo importante a tener en cuenta es que sin este medicamento (pergonal) o cualquier otro que se requiera para la estimulación

de la ovulación, la señora Esther López Chinchilla es incapaz de lograr un embarazo y esto si llevaría la afectación psicológica y por lo tanto física..”. Romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos anteriormente mencionados (dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima).

1. La suspensión no obedeció a capricho de la paciente sino a falta de capacidad económica para comprar el medicamento. Así lo expresó ella y se deduce de la circunstancia de que pese a su enorme deseo de procrear no pudo seguir lo ordenado por el médico. Acudió al TRAMITE DE MEDICAMENTOS NO POS, con la confianza legítima de que sería atendido su pedimento en vista de que la falta de dinero no es motivo para suspender el tratamiento.

1. La dilación en el tratamiento la perjudica porque el transcurso del tiempo aleja la posibilidad de procreación. Un Comité de COOMEVA rechazó su pedimento. Eso significó la suspensión definitiva del tratamiento con inyecciones. Ello afectó el derecho a una vida digna, a la integridad física y a la posibilidad de ser madre. Es por este aspecto de la suspensión que se mantendrá la orden de amparo dada en la sentencia de segunda instancia. Advirtiéndose que dicho fallo se refirió única y exclusivamente al tratamiento primario de infertilidad.

1. El hecho de que en el presente caso se reclamen únicamente medicamentos constituye un aspecto no analizado en los precedentes jurisprudenciales que niegan el amparo tratándose de intervenciones quirúrgicas relativas a fertilidad.

1. Por último, no sobra agregar que la sentencia de segunda instancia determinó que la EPS repetirá contra el FOSIGA y esta entidad, en el término de 48 horas deberá concretar lo que se reclame en la respectiva cuenta de cobro. Esta determinación también se confirmará.

DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, el 16 de enero de 2002, por las razones expuestas en el presente fallo.

SEGUNDO. Por el juez de primera instancia, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria

1 Proyecto de Código Iberoamericano de la Seguridad Social, 1995

2En la ley 100 de 1993 se desarrollan tales principios y para efectos prácticos se estableció la atención básica y dos regímenes: el contributivo y el subsidiado; de ahí que exista un plan obligatorio de salud y un plan subsidiado. El plan obligatorio -POS- cubre a todas las personas que estén bajo relación laboral, a los pensionados, a los trabajadores independientes con capacidad de pago que se afilien y a los respectivos beneficiarios legales.

3 Corte Constitucional Sentencia T-027 de 1999. MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.