

Sentencia T-652/04

DERECHO A LA SALUD-Práctica de examen de carga viral

Peticionario: Lizbeth Sarmiento Picalua y José Gallego García

Accionado: Saludcoop E.P.S

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil cuatro (2004)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Uprimny Yepes, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla, el 4 de diciembre de 2003.

I. HECHOS

Los actores, Lizbeth Sarmiento Picalua, como beneficiaria, y José Gallego García, como cotizante, se encuentran afiliados a la entidad accionada y fueron diagnosticados con VIH, el 15 de agosto de 2002 y el 21 de septiembre de 2002, respectivamente.

El último examen de carga viral practicado a los peticionarios, se realizó el 31 de octubre de 2002, al actor, y el 11 de marzo de 2003, a la actora, dando como resultado en ambos casos, “no detectable”.

Relatan que si bien la accionada les había estado suministrando los retrovirales

cumplidamente todos los meses y les estaba practicando los exámenes de carga viral cada seis meses, en el mes de octubre de 2003, al solicitar que les fuera realizada nuevamente la prueba de carga viral, la entidad demandada les contestó que no podía continuar practicándoles tal examen, en razón a que no hace parte del Plan Obligatorio de Salud y, en consecuencia, no le es posible asumir su costo económico.

Manifiestan que en febrero de 2003, tuvieron un bebé y que son “una familia humilde sin mayores recursos económicos”, cuya subsistencia depende del salario que, como conductor de la empresa Expreso Brasilia, devenga el señor José Gallego García. Consideran, en consecuencia, que la negativa de la entidad accionada pone en peligro su salud y su vida.

La entidad accionada respondió, mediante escrito del 1 de diciembre de 2003, señalando la inexistencia de la violación de algún derecho fundamental de los actores, en tanto que “cuando los tratamientos médico, quirúrgicos y la entrega de medicamentos por parte de las Empresas Promotoras de Salud, guardan directa relación con la protección de un derecho fundamental por conexidad con el de salud, su protección es viable a través de la tutela. Será improcedente la tutela, cuando no se dé este presupuesto y el amparo sea de naturaleza prestacional”.

Agrega que “los exámenes de carga viral, que solicitan los accionantes para su tratamiento no se encuentran dentro del Listado de Medicamentos y Terapéutica elaborado por el Gobierno Nacional, por esto, en caso de que la prestación solicitada no esté en el Plan Obligatorio de Salud, será el Estado por omisión, el llamado a suministrarla, a través del Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA)”.

II. PRUEBAS

Los peticionarios aportaron como pruebas los carnés de afiliación a la E.P.S. Saludcoop y la comunicación del 20 de octubre de 2003, suscrita por esta entidad, mediante la cual les negaron la práctica del examen de carga viral.

I. DECISION JUDICIAL

Mediante fallo del 4 de diciembre de 2003, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla,

decidió negar el amparo reclamado, por considerar que en el caso en revisión “no se encuentran plenamente acreditados los elementos que ha señalado la Corte Constitucional para inaplicar las normas que regulan lo relativo al sistema de seguridad social”, toda vez que no aparece demostrada en el proceso la falta de capacidad económica de los peticionarios. En esta medida expresó, como razón para negar la tutela impetrada, que “En el expediente salvo el dicho en su petición por los accionantes no existe prueba alguna que permita establecer su falta de capacidad económica para asumir el costo de los procedimientos y tratamientos que su patología requiere”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

A. Fundamentos

Problema jurídico

1. En el presente caso, la Sala establecerá si la acción de tutela procede como mecanismo para la obtención de la práctica del examen de carga viral que requieren los enfermos y portadores del VIH/SIDA. Sobre este punto, la Sala observa que la jurisprudencia de esta Corporación, en materia de afectación al derecho a la salud, en virtud de la negativa a realizar el examen de carga viral, se ha referido a los casos en los cuales dicho examen se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud. Dado que el examen de carga viral fue incluido recientemente dentro del Plan Obligatorio de Salud, la Sala analizará, brevemente, el carácter fundamental que adquiere el derecho a la salud, en los eventos en que su vulneración se origina en la negativa a practicar el examen de carga viral, a pesar de estar previsto en dicho Plan.

El caso de los enfermos de VIH y el examen de carga viral

2. La jurisprudencia de esta Corporación¹ ha reiterado la obligación que tienen las entidades prestadoras de salud de autorizar la práctica del examen de carga viral a las personas que padecen del virus de inmunodeficiencia humana – VIH – aun cuando no esté incluido en el Plan Obligatorio de Salud, en consideración a la trascendencia que la realización de este examen tiene para el tratamiento de la enfermedad, y en la medida en que su negativa amenaza los derechos fundamentales de los afectados.

En efecto, la práctica de la carga viral es fundamental para la determinación y mejora de la salud y la vida de un paciente con V.I.H.. La importancia de tal examen ha sido señalada en reiterada jurisprudencia de esta Corte, en los siguientes términos:²

(i) Es el examen más indicado médicamente para decidir el inicio o no de la formulación de antirretrovirales, corroborar si el tratamiento le esta siendo suministrado al paciente en debida forma y definir si el programa antiviral es el indicado o no para, en su defecto, cambiarlo; (ii) los resultados del examen, son vitales en la protección del derecho a la vida, puesto que se ha considerado que omitir en un momento dado el examen de carga viral, puede ocasionar una omisión grave en pacientes considerados como portadores del V.I.H; y (iii) al no contar con el examen de carga viral, el médico tratante debe implementar una terapia antirretroviral empírica con desconocimiento del estado virológico del paciente infectado, lo cual puede acarrear que de no estar sometido a un tratamiento idóneo, el paciente puede desarrollar cepas de virus resistentes a los medicamentos que esté utilizando lo cual puede llevar a una falla virológica y un mayor compromiso del sistema inmunitario que aumenta el riesgo de infecciones.

Así entonces, el examen de carga viral es imprescindible para el diagnóstico y tratamiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, ya que de no realizarse, se corre el riesgo de que el paciente no reaccione positivamente a la enfermedad.

3. En lo concerniente a la procedencia de la tutela, como mecanismo para obtener la práctica de este examen, debe decirse que esta Corporación, en jurisprudencia consolidada, ha establecido que en los eventos en los cuales la salud y la vida de las personas se encuentre grave y directamente comprometida, a causa de la negación al acceso a prestaciones de salud como operaciones, tratamientos, diagnósticos, drogas, y exámenes, entre otros, bajo pretextos puramente económicos, aún contemplados en normas legales o reglamentarias,

éstas deben inaplicarse en el caso concreto cuando constituyan obstáculos para la protección solicitada, puesto que tales normas están supeditas a la supremacía Constitucional. En su lugar, el juez de tutela debe amparar los derechos a la salud y a la vida teniendo en cuenta la prevalencia de los derechos fundamentales en juego.

Para tal fin, el juez constitucional debe verificar si se presentan las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional³ para que en estos casos proceda el amparo: (i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; (ii) que 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, el sustituto 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) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, ni pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud; (iv) y que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la empresa promotora de salud a la cual se halle afiliado el demandante.

En consecuencia, para que procediera la acción de tutela, a fin de obtener la práctica del examen de carga viral, era necesario que el juez constitucional verificara en los casos concretos, la configuración de los requisitos arriba reseñados.

En consecuencia, las empresas prestadoras de salud están, en virtud del acuerdo 254 de 2003, obligadas a realizar este tipo de examen diagnóstico, pues el servicio médico ya se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y en este orden, no tienen la facultad de recobro ante el FOSYGA.

El derecho fundamental a la Salud.

5 La Corte Constitucional ha considerado en su jurisprudencia, que la adopción de una reglamentación en salud que identifica e incluye los factores que el sistema atenderá, en orden a obtener la máxima satisfacción posible del derecho a la salud, hace que éste, respecto de esos contenidos mínimos definidos e incluidos en la reglamentación, deje de ser fundamental por conexidad y se concrete, de manera autónoma, como fundamental, entendiendo como tal “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr

la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”.⁵

En este sentido la Sentencia T-859 de 2003⁶, en torno al carácter fundamental del derecho a la salud y su relación con Plan Obligatorio de Salud, expresó:

“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 subjetivos⁷.

La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”

6. Así las cosas, a partir del Acuerdo 254 de 2003, la procedencia de la tutela para obtener la autorización y práctica del examen de carga viral ya no requiere que la afectación al derecho

a la salud, por conexidad, vulnera el derecho fundamental a la vida o la integridad personal de la persona afectada, toda vez que con la inclusión en el Plan Obligatorio de Salud, la negativa a su práctica por parte de las empresas prestadoras de salud, constituye una vulneración a un derecho ya no meramente prestacional, sino fundamental, en la medida en que con la inclusión mencionada el derecho a la salud afectado completa los requisitos para que este adquiera la naturaleza de un derecho fundamental, en los términos de la sentencia T-227 de 2003 que delimitó la definición, reseñada en el fundamento número 5 de esta sentencia.

La prueba de la incapacidad económica en sede de tutela y el deber del juez de efectuar las pruebas necesarias en desarrollo de su función constitucional de garante y protector de los derechos fundamentales.

7. En torno a la prueba de la incapacidad económica, se afirma que de un lado, es deber del juez de tutela decretar de oficio las pruebas pertinentes al caso y de otro, que la inactividad del juez al respecto no puede constituirse en una razón para la negación de la protección de un derecho fundamental, más aún cuando se ha reiterado constantemente que la declaración o afirmación del accionante, en ciertos casos, es suficiente para probar tal incapacidad.

Lo anterior tiene especial relevancia por cuanto guarda conexión con un requisito primordial para la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud mediante órdenes de tutela, esto es la incapacidad económica del solicitante y su prueba.

Al respecto vale citar la sentencia T-683 de 2003⁸ en la que se sintetizan de manera general los parámetros relativos a la prueba de la incapacidad económica en materia de régimen subsidiado con la finalidad de acceder a procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba

correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (ii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.

8. Así entonces se evidencia que los medios de prueba de la incapacidad económica en este campo no son taxativos. En virtud de lo anterior, es importante aclarar que los parámetros establecidos en la sentencia de unificación SU 819 de 1999, al señalar ciertos medios de prueba de la incapacidad económica en casos de solicitud de tratamientos, exámenes o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, no efectuó en manera alguna un listado taxativo.

En ese sentido, la Sentencia T-906 de 20029, reiteró que en sede de tutela no existe medio de prueba único para acreditar un determinado hecho .

“En otros términos, la incapacidad económica de una persona no se demuestra exclusivamente con el balance certificado por un contador, o con la declaración de renta, o con el certificado de ingresos, pues ese hecho se puede perfectamente puede acreditar, por ejemplo, con testimonios, o con otro tipo de documentación distinta a la mencionada e, inclusive, con la sola la manifestación del actor cuando no ha sido controvertida por la contraparte”.

9. Sin embargo, en el caso objeto de revisión, para la fecha en que se instauró la acción de

tutela -25 de noviembre de 2003-, aún no se había proferido el acuerdo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, motivo por el que la EPS Saludcoop, negó la práctica del examen solicitado por los actores, argumentando que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud. Por esta razón los peticionarios acudieron al juez de tutela con el fin de que se reiterará la jurisprudencia proferida por la Corte y se autorizará la carga viral requerida.

En este orden de cosas, esta Sala procederá a establecer si en el caso concreto se cumplen las condiciones para otorgar la tutela de acuerdo con la jurisprudencia constitucional consolidada antes de la expedición del Acuerdo 254 de 2003.

Así las cosas, encuentra la Sala que primero, y como se señaló anteriormente, la falta del examen de carga viral amenaza los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal de los peticionarios; segundo, que se trata de un examen que no puede ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; y que el examen fue prescrito por un médico adscrito a la EPS, Saludcoop, a cual están afiliados los demandantes.

Respecto del requisito relativo a la inexistencia de capacidad económica para asumir el costo del examen, el juez de primera instancia manifestó que en la medida en que los actores no demostraron la incapacidad económica para obtener la protección mediante el amparo constitucional no estaban plenamente acreditados los elementos señalados por la Corte Constitucional “para inaplicar las normas que regulan lo relativo al sistema de seguridad social por lo cual no e[ra] pertinente conceder el amparo”.

En este punto, la Sala encuentra que el juez de instancia desconoció el postulado constitucional relativo a la prueba de la incapacidad económica en virtud del cual en los eventos en que se presenta una afirmación indefinida de los solicitantes respecto de la ausencia de recursos económicos, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que les quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.

En efecto, el juez de instancia no tuvo en cuenta la afirmación de los actores, expresada en la acción de tutela en los siguientes términos:

(...) “no estamos en condiciones económicas para costear estos exámenes”

La ausencia de capacidad económica para cubrir los exámenes requeridos, está reforzada, además, por el hecho de que los actores conforman una familia de tres personas – entre ellas un menor de un año de edad – que subsiste gracias a un único ingreso familiar, esto es, el salario devengado por el señor José Gallegos García como empleado de la empresa Expreso Brasilia.

En consecuencia, esta Sala concluye que en el caso concreto, y en consideración a los fundamentos 7 y 8 de esta providencia, se configuró el requisito de la incapacidad económica para obtener, por medio de la tutela, la práctica de los exámenes de carga viral.

En este sentido Saludcoop E.P.S. debe tener presente la doctrina constitucional que aquí se reitera, relativa a la obligación que tienen las empresas promotoras de salud de suministrar los medicamentos y ejecutar los procedimientos que requieren los enfermos y portadores del VIH/SIDA, aún cuando aquellos se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en los eventos en que derecho a la salud en conexidad con el de la vida, se encuentre amenazado o vulnerado.

La Sala resalta que la negativa a suministrar los exámenes requeridos por los actores, pone en peligro su vida, su salud y su integridad física de manera injustificada e incluso reprochable ya que, como quedó establecido, la práctica de la carga viral es necesaria para preservar la vida de los peticionarios así como para mejorar sus condiciones de salud, a fin de que puedan llevar una existencia digna.

Por lo demás, esta actitud, lejos de preservar las finalidades que corresponden a la naturaleza de la acción de tutela, implica el desconocimiento relativo a la obligación que tienen las empresas promotoras de salud de suministrar los medicamentos y ejecutar los procedimientos que requieren los enfermos y portadores del VIH/SIDA, aún en el caso de que los mismos se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud, cuando el derecho a la salud en conexidad con el de la vida se encuentre amenazado o vulnerado.

En tal sentido, debe advertirse que la reticencia de las E.P.S a suministrar los tratamientos requeridos, conlleva un desgaste injustificado de la administración de justicia, además del sin sentido que representa dicho desgaste, cuando quienes padecen esta mortal enfermedad se ven obligados a hacer un uso reiterado de la tutela para hacer valer sus derechos, cada vez que un médico tratante les formula un determinado medicamento u ordena un específico procedimiento para conservar la salud y neutralizar el riesgo que pueda correr su vida.

Así las cosas y en consideración a que en las circunstancias del caso aparecen verdaderamente comprometidos derechos fundamentales cuya lesión puede seriamente arriesgar la vida, la dignidad o el derecho de trato especial del que son merecedoras las personas en condiciones de debilidad manifiesta, entre las cuales se encuentran aquéllas que adolecen de enfermedades catastróficas, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla, y en su lugar dispondrá conceder la tutela de los derechos a la vida, a la seguridad social y a la salud de los tutelantes.

A. DECISIÓN

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 Política,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla, del 4 de diciembre de 2003, que negó la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos Lizbeth Sarmiento Picalua y José Gallego García y en su lugar CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal.

SEGUNDO: ORDENAR a la entidad demandada que, en el término de 48 horas proceda a autorizar la práctica del examen de carga viral ordenado a los actores. La realización del examen no podrá efectuarse más allá de un término razonable conforme a los turnos de atención de la respectiva E.P.S. y, en ningún caso, en un plazo superior a un mes. Deberá, para tal efecto, informar a los jueces de instancia y a los demandantes, la fecha cierta de realización del exámen.

TERCERO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (e)

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)

1 En este sentido consultar, entre muchas otras, las Sentencias, T-1305 de 2001, T-070 de 2002, T-113 de 2002, T-116 de 2002, T-142 de 2002, T-194 de 2002, T-586 de 2002 y T-016 de 2003.

2 Ver, entre otras, las Sentencias T-279 de 2002, T-849 de 2001, T- 1018 de 2001, T-600 de 2003. T-063 de 2001 y T-1018 de 2001.

4 Acuerdo 254. Diario Oficial 4517 de 31 de diciembre de 2003 Consejo Nacional De Seguridad Social En Salud – Ministerio De Protección Social.

5 Consultar en este sentido la Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En este fallo la Corte Constitucional expresó, que la necesidad que posibilita la libertad de elección y el desarrollo en la sociedad “no está determinada de manera apriorística, sino que

se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica)".

6 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

7 Ver Sentencia SU-819 de 1999.

8 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En esta Sentencia la Corte realizó una síntesis de las reglas probatorias empleadas por la Corte para establecer la incapacidad económica del usuario de los servicios de seguridad social en salud.

9 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.