

DERECHO A LA SALUD-Desarrollo jurisprudencial

DERECHO A LA SALUD-Tratamientos y medicamentos de pacientes con cáncer/DERECHO A LA SALUD DE PACIENTE CON CANCER-Práctica de exámenes requeridos para obtener un diagnóstico

Si el derecho al diagnóstico reviste de manera general gran importancia, ésta es aun mayor frente a tratamientos de cáncer, donde las autoridades y los médicos deben realizar todo lo posible para mitigar los efectos del dolor, aumentar las probabilidades de vida y brindar un trato digno al paciente, lo cual no es posible si se desconoce su situación real, la cual podrá determinarse tan solo si se practican todos los exámenes pertinentes, con los cuales podrá decidirse qué tratamiento será efectivo para tratar el padecimiento. Por lo anterior, la falta de práctica de exámenes requeridos por un paciente de cáncer desconoce el derecho al diagnóstico de manera grave por cuanto afecta una población en situación de inferioridad fáctica que exige un trato garantista por parte del Estado.

DERECHO A LA SALUD DE PACIENTE CON CANCER-Transplante de médula ósea se encuentra incluido dentro del POS

DERECHO A LA SALUD-Condiciones para la procedencia del cubrimiento del traslado del paciente y su acompañante

ACCION DE TUTELA-Urgencia de transplante de médula ósea garantiza de manera idónea y

eficaz la salud de la paciente

Con respecto a la idoneidad, la Sala considera que el tratamiento de quimioterapia u otras intervenciones que puedan encontrarse incluidas en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado carecen de la efectividad que tiene el transplante solicitado en la demanda de tutela para proteger de manera eficaz el derecho a la vida de la peticionaria, toda vez que no le brindan el mismo porcentaje o probabilidad de seguir con vida. Lo anterior permite concluir que tan solo la intervención requerida en la demanda de tutela tiene la posibilidad de garantizar de manera idónea y eficaz la salud de la accionante. El carácter urgente del transplante se encuentra respaldado por consideraciones médico-científicas. Lo anterior permite considerar que el transplante fue considerado como necesario por parte del médico tratante de la demandante, lo cual refuerza la consideración de urgencia de la realización del transplante.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reembolso de gastos de exámenes médicos

No es posible ordenar en el presente caso el reembolso de los gastos en que incurrió la demandante para que le fuesen realizados los exámenes en comento –tal como lo sugirió en un aparte de la demanda la peticionaria-, por cuanto la peticionaria dispone de otros mecanismos para solicitar el reintegro de los gastos en que tuvo que incurrir. Lo anterior se afirma por cuanto la reclamación del reembolso puede ser ventilada ante la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, toda vez que corresponde a un conflicto jurídico entre un afiliado y una entidad administradora de seguridad social –en este caso, una Administradora del Régimen Subsidiado-.

Referencia: expediente T-1309725

Acción de tutela instaurada por la señora Desireth del Rosario Luna Ramos contra Caja Salud A.R.S.-UT y/o Comfasucre A.R.S.

Magistrado Ponente:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Alvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, el día siete (07) de febrero de 2006, dentro de la acción de tutela presentada por la señora Desireth del Rosario Luna Ramos, en contra de Caja Salud ARS-UT y/o Comfasucre ARS.

I. ANTECEDENTES.

La accionante interpuso acción de tutela contra las entidades demandadas por considerar que sus derechos a la vida, a la salud, a la igualdad y a la seguridad social fueron vulnerados por la negativa de la entidad demandada de ordenar a su favor la realización de un trasplante de médula ósea.

A. Hechos.

1- La señora Desireth del Rosario tiene 31 años de edad y padece de leucemia linfoblástica aguda L1 (clasificada FAB).

2- El 22 de mayo de 2005 la accionante fue internada en el Hospital Regional de Sucre debido a que comenzó a presentar sangrado por la boca y la nariz y a sufrir fatigas. En la fecha de su hospitalización contaba aproximadamente con 5 meses de embarazo, y estuvo internada por 11 días.

3- Durante el período de su embarazo, la señora Desireth del Rosario asistía a citas y controles con un médico de la entidad Caja Salud ARS-UT y/o Comfasucre ARS.

4. El 28 de mayo de 2005 la demandante fue trasladada al centro de cancerología de Sucre, INCANS, donde se le practicó un examen llamado medulograma, por medio del cual se

diagnosticó que la señora Desireth padecía de leucemia.

5- Para iniciar su tratamiento denominado poliquimioterapia, Caja Salud ARS remitió a la accionante a INCANS. En este lugar le informaron que no podían garantizar la supervivencia de su bebé. Por tal motivo, la demandante acudió nuevamente a Caja Salud ARS-UT y/o Comfasucre para que la enviaran a otro centro médico donde se le diera el tratamiento requerido y se garantizara la vida de su hijo.

6. A raíz de lo anterior, la demandante inició su tratamiento en el Centro Umbral Oncológico, dentro de la Clínica la Santa María en Sincelejo, donde se le informó que su bebé no corría riesgo alguno. Empero, un mes después de una cesárea que se le practicó a la señora Desireth, el niño murió el 19 de julio de 2005 tras el inicio de las quimioterapias.

7- Con posterioridad, la accionante ha venido siendo tratada por más de cinco meses por parte del Oncohematólogo Álvaro Calderón, gerente del Centro Umbral Oncológico de la Santa María. El médico le informó que frente a la enfermedad que padece, tiene mayores posibilidades de sobrevivir con la práctica de un trasplante de progenitores o trasplante alogénico de médula ósea que con el sometimiento a quimioterapia sistémica. En vista de lo anterior, sugirió que se efectuara el trasplante, toda vez que esta intervención constituye el mejor tratamiento posible, máxime por cuanto la solicitante reúne las condiciones para que se le brinde el tratamiento. Además, se determinó que su hermana gemela podría ser la donante. El médico solicitó de manera expresa la realización del trasplante.

8- La señora Desireth del Rosario solicitó verbalmente a Caja Salud ARS-UT la aprobación del trasplante de médula ósea, frente a lo cual obtuvo respuestas negativas por parte de la entidad sobre los traslados por fuera de la ciudad, con el argumento que el trasplante de médula ósea no se encuentra dentro de los trasplantes de responsabilidad de la ARS.

9- En vista de las negativas, el médico Álvaro Calderón sugirió que la demandante se trasladara a Barranquilla para que le pudieran realizar los exámenes que determinasen la factibilidad de la operación de transplante. Debido a su escasez de recursos económicos, su familia reunió el dinero necesario para su traslado a Barranquilla y la realización de los exámenes. En esta ciudad el doctor Pedro Mendoza Marzola, director del Instituto de Transplante de Médula Ósea le colaboró con los exámenes requeridos para determinar la compatibilidad con su hermana gemela para el transplante.

10- Con posterioridad, tras una nueva solicitud escrita, la entidad demandada denegó el traslado a la ciudad de Barranquilla de la señora Desireth del Rosario para la realización de la operación de transplante de médula ósea. La accionante afirma que carece de recursos económicos para sufragar los gastos de la intervención.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

B. Petición.

La demandante solicita que se amparen sus derechos a la vida, a la salud, a la igualdad y a la seguridad social y, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada la aprobación del transplante de médula ósea y su traslado para el mismo. También solicita que se le ordene la intervención y el viaje necesario para ella, y que asuma los gastos que se requieran para lo anterior.

C. Pruebas relevantes que obran en el expediente.

- Cédula y registro civil de nacimiento de la demandante.

- Resumen de la historia clínica de Desireth del Rosario Luna Ramos.
- Carta de ARS Comfasucre de 9 de noviembre de 2005 donde se niega la solicitud de exámenes por la no inclusión del trasplante de médula en los tratamientos de responsabilidad de la ARS.
- Resumen de la historia clínica de la demandante por parte del Instituto de Trasplante de Médula Ósea de la Costa Ltda.
- Copias de órdenes de exámenes formulados por el doctor Pedro Mendoza del Instituto de Trasplante de Médula Ósea de la Costa Ltda..
- Hoja de Protocolo de Quimioterapia de Umbral Oncológicos Santa María Ltda.
- Fotocopia del carné de afiliación de la demandante a CajaSalud ARS - UT Comfasucre.
- Recibos y constancias del valor de exámenes practicados.
- Copias de examen de compatibilidad, estudios de identificación de donante - receptor para trasplante.

D. Respuesta de ARS Comfasucre.

En su contestación a la demanda de tutela, la entidad accionada manifestó que no ordenó la operación de trasplante de médula ósea a favor de la señora Desireth del Rosario, quien padece una patología “considerada de alto costo”, por cuanto dicho trasplante “no está considerado como uno de los beneficios que puedan obtener los afiliados mediante el Régimen Subsidiado”, a la luz del Acuerdo 72 del Ministerio de Salud - Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, donde se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado.

Por otra parte, la ARS Comfasucre afirmó que la demandante puede solicitar el cubrimiento

del transplante “a través del rubro denominado Subsidio a la Oferta”, en vista de lo regulado por el artículo 4 del Acuerdo 72 referido anteriormente, con lo cual se excluye su responsabilidad para ordenar la intervención.

E. Respuesta del Ministerio de la Protección Social – FOSYGA.

La Sala de Revisión ordenó que el expediente fuese puesto en conocimiento del FOSYGA por cuanto el fallo que se adoptase podría eventualmente afectar sus intereses.

Con respecto al expediente, la entidad vinculada estimó que la intervención solicitada por la demandante se encuentra incluida en el POS subsidiado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 literal B numeral 3 inciso 3.6 del Acuerdo 306 de 2005, donde se dispone que los pacientes con cáncer deben ser atendidos integralmente, incluyendo tratamientos quirúrgicos y gastos de hospitalización.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Además, se dijo que la ARS demandada “se encuentra en la obligación de prestar a la accionante todas las actividades, procedimientos e intervenciones de complementación diagnóstica que sean necesarios, en los términos descritos por el médico tratante, siempre y cuando los mismos se encuentren dentro de la Resolución 5261 de 1994”.

Finalmente, se afirmó que el transplante de médula ósea se encuentra contemplado en la resolución citada, por lo cual se encuentra incluido en el POS, motivo por el que concluye que la entidad demandada está obligada a practicar el procedimiento sin poder repetir contra el FOSYGA.

F. Respuesta del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Teniendo en cuenta una controversia en relación con la inclusión o no del procedimiento trasplante de médula ósea en el POS-S, la Corte solicitó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que rindiese su concepto al respecto.

La entidad requerida informó que “el tratamiento del cáncer cubierto en el POS-S es el que sea necesario según indicación del médico” si corresponde con los procedimientos descritos en la Resolución 5261 de 1994 y en los Acuerdos 226, 228 y demás normas pertinentes.

En relación con lo anterior, la entidad manifestó que “[e]l trasplante de médula ósea está descrito con código 7800 en el artículo No 62 de la citada Resolución 5261 de 1995 sin que la norma precise, delimite o restrinja su cobertura a diagnóstico alguno; por lo tanto se considera que dicho tratamiento está cubierto para los pacientes de Cáncer en el Régimen Subsidiado si para el caso dado el médico tratante respectivo lo considera necesario”.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION.

Sentencia de primera instancia.

El 2 de enero de 2006 el Juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo, Sucre, concedió la acción de tutela a favor de la accionante y, en consecuencia, ordenó al gerente de Cajasalud ARS - UT y/o ARS Comfasucre que ordenase y sufragase la intervención del trasplante

requerido por la señora Desireth del Rosario.

La decisión se adoptó por considerar que la demandante tiene derecho de exigir el trasplante, especialmente por contar con una donante compatible, lo que se relaciona con la prevalencia del derecho a la vida sobre cualquier otro derecho y debe ser protegido con carácter urgente e inmediato.

Además, se tuvo en cuenta que la demandante no puede desenvolverse en el entorno social “en que vive” como consecuencia de su enfermedad, y que carece de los “medios económicos para sufragar el costo del tratamiento que requiere, lo cual es injusto, muy a pesar de encontrarse afiliada a una ARS para que ella sea atendida cuando tengan afectaciones”.

Finalmente, se tuvo en cuenta que muchas personas fallecen como consecuencia del mal servicio brindado o negligencia de los trabajadores de las ARS, lo cual lleva a que en numerosos casos se busque sufragar los tratamientos requeridos por su propia cuenta del paciente.

Impugnación.

ARS Cajasalud UT – ARS Comfasucre interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, por estimar que no se tuvo en cuenta debidamente la información suministrada por la entidad respecto a las obligaciones legales de la Administradora del Régimen Subsidiado referidos al POSS.

Lo anterior se afirmó por considerar que con respecto a las contingencias excluidas del POSS el ordenamiento jurídico colombiano ha dispuesto “un régimen diferente a cargo del sistema nacional de salud representado por la red de prestadores o sea, Hospitales y Centros de Salud oficiales, bajo la administración del Departamento de Salud respectivo”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Sentencia de segunda instancia.

El 7 de febrero de 2006 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demandante por improcedencia de la acción de tutela interpuesta por ella.

El Juzgado llegó a la anterior conclusión por entender que las ARS tienen una naturaleza distinta a las EPS, toda vez que simplemente “se encargan de subsidiar con los dineros que le suministra el Estado la salud de cada uno de los beneficiarios [...] lo que marca una limitante en cuanto al accionar de estas entidades”. Por lo mismo, el fallador entiende que el accionar de las ARS se encuentra limitado a lo dispuesto por el Estado para la atención de sus beneficiarios o afiliados, pues simplemente desembolsan “hasta el monto subsidiado por el Estado”, con lo cual no pueden ser obligadas a sufragar por fuera de lo dispuesto por las autoridades competentes. En otras palabras, se afirma en el fallo de segunda instancia que no se puede obligar a la entidad demandada a “sobre invertir en subsidio, en un momento dado, para una persona determinada, ya que esto acarrearía una descompensación económica no permitida”.

Finalmente, se manifiesta que la demandante puede acudir a las instituciones del Estado

“que velen por el suministro de tratamiento mediante seguridad social”. En virtud de todo lo anterior, se afirma que la tutela es improcedente por falta de legitimación en la causa pasiva de la acción.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos.

Corresponde a esta Sala estudiar: (i) si frente al caso de una persona que padece leucemia es posible ordenar a una ARS por medio de una acción de tutela la aprobación de un trasplante de médula ósea a favor de uno de sus afiliados o beneficiarios; (ii) si el trasplante de médula ósea se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado; (iii) si las entidades del sistema de salud están obligadas a autorizar la práctica de exámenes tendientes a determinar la viabilidad de intervenciones requeridas para proteger los derechos a la vida y a la salud de sus afiliados; y (iv) si es procedente ordenar por medio de un fallo de tutela el cubrimiento de los gastos del paciente para la realización de las intervenciones médicas que sean necesarias.

Para resolver lo anterior, la Sala de Revisión: (i) estudiará la jurisprudencia sobre la acción de tutela frente a tratamientos y exámenes incluidos en el POS-S frente a pacientes con cáncer; (ii) determinará si el trasplante de médula ósea se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado; (iii) analizará la jurisprudencia reiterada sobre las condiciones para la procedencia del traslado del paciente; y (iv) resolverá el caso concreto.

1. La protección del derecho a la salud por medio de la acción de tutela frente a los tratamientos y exámenes incluidos del P.O.S.S.

a. El derecho a la salud y el POS-S frente a pacientes que padecen cáncer:

En su línea jurisprudencial la Corte Constitucional ha manifestado que, en principio, el derecho a la salud pertenece a la categoría de los derechos prestacionales¹, por lo cual no es jurídicamente admisible ordenar su protección por medio de la acción de tutela.

Empero, la anterior consideración no es absoluta, por cuanto se ha reconocido que en los casos en que se presente conexidad o un vínculo estrecho entre el derecho a la salud y algún derecho de naturaleza iusfundamental, evidenciada en la vulneración a un derecho fundamental como consecuencia de la afectación del derecho a la salud, éste último adquiere el carácter de fundamental², permitiendo que la acción de tutela sea instaurada para solicitar su protección.

Además, en un desarrollo jurisprudencial importante, la Corte ha afirmado que, en algunos casos y por algunos aspectos, el derecho a la salud es un derecho fundamental en sí mismo³, sin necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, lo cual ha

dejado atrás erróneas concepciones que sostienen una diferencia de naturaleza entre los distintos derechos de los cuales son titulares los seres humanos. Debe afirmarse que esta distinción no deja de ser artificial en muchos sentidos, y desconoce pronunciamientos en el seno de la comunidad internacional en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes⁴.

Por otra parte, en relación con la solicitud de protección de la salud de las personas aseguradas en una ARS, en diversas sentencias se ha analizado la viabilidad de ordenar tratamientos, medicamentos o servicios médicos que se encuentran incluidos o incluso excluidos de los planes o programas diseñados por el ordenamiento jurídico para la organización de la prestación de los servicios de salud.

Al respecto, teniendo en cuenta el deber del Estado de brindar una especial protección a quienes por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentren en un “estado de debilidad manifiesta”⁵, se ha afirmado que tales personas merecen un trato preferente que garantice el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, que les asigna el derecho a exigir que el Estado y la sociedad “les brinden un trato preferente”⁶, por lo cual la prestación de servicios médicos a su favor no está sujeta “a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios, como tampoco está sujeta a dichas restricciones la atención en salud que se relaciona con la existencia misma de la persona y con su derecho a vivir con dignidad”⁷.

La anterior garantía se traduce en la posibilidad de interponer la acción de tutela para solicitar la protección del derecho a la salud y ordenar la aprobación de medicamentos o servicios médicos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS-S).

En sentencias anteriores la Corte Constitucional ha establecido que la falta de suministro de medicamentos incluidos en el P.O.S. o, por analogía, el POS-S, vulnera el derecho a la salud

como derecho fundamental⁸, por lo cual no es necesario que el juez de tutela verifique en tales casos el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la prosperidad de la acción constitucional frente a los medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud⁹.

La Corte ha justificado este trato frente a los medicamentos del P.O.S. o del POS-S por cuanto “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 - [...] 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.”¹⁰ (énfasis del original).

Para que prospere la acción de tutela cuando se exigen los medicamentos del Plan Obligatorio de Salud se exige que se presenten ciertas condiciones como las de oportunidad e idoneidad¹¹.

La condición de oportunidad alude a la duración de medios judiciales distintos a la acción de tutela, donde se considera que frente a “intervenciones médicas que demandan una decisión rápida” es procedente la acción de tutela, la cual también debe ser resuelta de manera positiva tras efectuar un juicio de proporcionalidad entre la “entidad del derecho violado y el grado de arbitrariedad que se evidencia en la conducta del demandado o del costo excesivo que implica para el goce del derecho de la persona someterlo al proceso ordinario”¹².

Frente a casos de pacientes que padecen cáncer y requieren de manera urgente medicamentos o tratamientos incluidos en el POS-S, debe tenerse en cuenta la gravedad de sus padecimientos y la vulnerabilidad económica en que se encuentra el peticionario. Al respecto, el juez de tutela debe tener en cuenta las recomendaciones que se han formulado

en el seno de la Organización Mundial de la Salud¹³ con respecto a los programas nacionales de control de cáncer para fundamentar su fallo.

En las referidas recomendaciones se ha establecido que, frente a personas que padezcan leucemia o padecimientos cancerológicos similares, las autoridades nacionales de salud deben “proporcionar una atención apropiada con el fin de aumentar la supervivencia, reducir la mortalidad y mejorar la calidad de vida”¹⁴ (se subraya).

b. Exámenes incluidos en el POS-S y los pacientes que padecen cáncer:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Corte Constitucional ha afirmado que las personas tienen un derecho al diagnóstico, como componente del derecho a la salud, pues sin aquél no puede determinarse la enfermedad que padecen o la causa de ésta, ni el tratamiento que debe realizarse con respecto a la misma¹⁵.

Incluso, en algunos casos la falta de realización de exámenes para obtener un diagnóstico pueden atentar contra la vida del paciente, en los casos en que los médicos tratantes requieran un conocimiento preciso de la condición del interesado para realizar de manera urgente las intervenciones que aquél requiera.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado que, en razón de lo anterior, es posible ordenar en sede de tutela la práctica de exámenes incluso si éstos no se encuentran previstos en el POS-S, siempre y cuando se reúnan los requisitos diseñados para la prosperidad de la protección del derecho a la salud frente a tratamientos o medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado¹⁶.

Si la acción de tutela procede para ordenar la práctica de exámenes excluidos del POS-S, con mayor razón puede emplearse para exigir la realización de aquéllos que se encuentran incluidos en el Plan.

Por otra parte, frente a pacientes que padecen cáncer, el Acuerdo 306 de 2005 establece, en su artículo 2, literal B, inciso 3.6, que para “la cobertura de servicios del POS-S cualquier medio médicamente reconocido, que se encuentre incluido en la Resolución 5261 de 1994, clínico o procedimental, es válido para la confirmación diagnóstica por parte del médico de los casos de cáncer”.

El mismo artículo señala, además, que se garantizará a los pacientes con cáncer “Todos los estudios necesarios para el diagnóstico inicial, así como los de complementación diagnóstica y de control”.

Si el derecho al diagnóstico reviste de manera general gran importancia, ésta es aun mayor frente a tratamientos de cáncer, donde las autoridades y los médicos deben realizar todo lo posible para mitigar los efectos del dolor, aumentar las probabilidades de vida y brindar un trato digno al paciente, lo cual no es posible si se desconoce su situación real, la cual podrá determinarse tan solo si se practican todos los exámenes pertinentes, con los cuales podrá decidirse qué tratamiento será efectivo para tratar el padecimiento.

Por lo anterior, la falta de práctica de exámenes requeridos por un paciente de cáncer desconoce el derecho al diagnóstico de manera grave por cuanto afecta una población en situación de inferioridad fáctica que exige un trato garantista por parte del Estado.

2. Inclusión del transplante de médula ósea en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

Frente a reclamaciones de amenaza o vulneración al derecho a la salud, es necesario distinguir si los medicamentos, tratamientos, exámenes o insumos solicitados se encuentran dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud o, en su caso, del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

La anterior determinación es de suma importancia para la resolución de la acción de tutela por cuanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diseñado requisitos y reglas de prosperidad del amparo al derecho a la salud cada tipo de reclamaciones: incluidas o excluidas del POS o POS-S.

El ente encargado de definir el contenido del POS o POS-S en el ordenamiento jurídico colombiano es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En este sentido, el artículo 172.1 de la ley 100 de 1993 establece que el Consejo tiene la función de “Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado” (se subraya).

En un concepto que rindió a la Corte Constitucional, la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud¹⁷ manifestó que “[e]l transplante de médula ósea está descrito con código 7800 en el artículo No 62 de la citada Resolución 5261 de 1995 sin que la norma precise, delimite o restrinja su cobertura a diagnóstico alguno; por lo tanto se considera que dicho tratamiento está cubierto para los pacientes de Cáncer en el Régimen Subsidiado si para el caso dado el médico tratante respectivo lo considera necesario”¹⁸ (se subraya).

La Corte cuenta con un pronunciamiento del ente competente de la determinación del contenido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado que, por lo tanto, se estima vinculante.

Según tal pronunciamiento, el trasplante de médula ósea se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

Por otra parte, el Acuerdo 000306 de 2005 emitido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, donde se regula el POS-S, señala en su artículo 3.6 que los pacientes con cáncer tendrán una cobertura que comprende “atención integral ambulatoria y hospitalaria necesaria en cualquier nivel de complejidad del paciente”, lo cual incluye, entre otras cosas, “[e]l tratamiento quirúrgico, los derechos de hospitalización”.

La misma norma señala que “Para la cobertura de servicios del POS-S cualquier medio médicamente reconocido, que se encuentre incluido en la Resolución 5261 de 1994, clínico o procedimental, es válido para la confirmación diagnóstica por parte del médico de los casos de cáncer”, cuyo pago es responsabilidad de la ARS. La referida Resolución contempla, en su artículo 62, el trasplante de médula ósea.

La Sala de Revisión concluye que el trasplante de médula ósea se encuentra incluido dentro del POS-S.

3. Condiciones para la procedencia del cubrimiento del traslado del paciente y su acompañante.

En principio, el paciente y su familia deben asumir los gastos necesarios para su traslado cuando éste sea necesario para la realización de las intervenciones médicas que requiera¹⁹.

Empero, cuando en la práctica tal exigencia genere en la práctica un desconocimiento del derecho a la salud, como cuando los costos en cuestión no pueden ser asumidos por el paciente o sus allegados, el juez de tutela tiene “la potestad de ordenar, ya sea a cargo del Estado, de las Empresas Promotoras de Salud o de las Administradoras del Régimen Subsidiado, el acceso del paciente al lugar donde debe recibir el tratamiento”²⁰.

4. El caso concreto.

4.1. Solicitud de orden del transplante de médula ósea.

Procede la Sala de Revisión a determinar, basándose en el acervo probatorio obrante en el presente proceso, si en el caso examinado se cumplen o no las exigencias y requisitos diseñados por la jurisprudencia para la prosperidad de la acción de tutela en materia de derecho a la salud frente a medicamentos, insumos o tratamientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y, así, se establecerá si es procedente ordenar a Caja Salud A.R.S.-UT y/o Comfasucre A.R.S. la aprobación del transplante de médula ósea a favor de la señora Desireth del Rosario Luna Ramos.

Con respecto al requisito de oportunidad, debe tenerse en cuenta que el oncohematólogo que venía tratando a la peticionaria le informó que la importancia del transplante de médula ósea radica en la posibilidad de aumentar las probabilidades de vida que tiene la accionante.

Lo anterior implica que, de no efectuarse la intervención requerida, la señora Desireth del Rosario pierda posibilidades de sobrevivir y de sobreponerse a la afectación que padece y, como consecuencia de esto, pueda fallecer, resultando afectado de esta manera el pleno

goce y ejercicio de su derecho a la vida de manera irremediable.

Lo anterior permite a la Sala de Revisión concluir que es urgente la realización del trasplante solicitado, por lo cual es procedente su orden por medio de un fallo de tutela.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Por otra parte, la Sala de Revisión estima oportuno aclarar que la negativa de la entidad demandada contraría de manera grave las recomendaciones que se han formulado en el seno de la Organización Mundial de la Salud con respecto a los programas nacionales de control de cáncer.

Con respecto a la idoneidad, la Sala considera que el tratamiento de quimioterapia u otras intervenciones que puedan encontrarse incluidas en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado carecen de la efectividad que tiene el trasplante solicitado en la demanda de tutela para proteger de manera eficaz el derecho a la vida de la señora Desireth del Rosario, toda vez que no le brindan el mismo porcentaje o probabilidad de seguir con vida.

Lo anterior permite concluir que tan solo la intervención requerida en la demanda de tutela tiene la posibilidad de garantizar de manera idónea y eficaz la salud de la señora Desireth del Rosario.

La Sala tiene en cuenta, por otra parte, que la demandante no se encuentra en capacidad de conseguir ni obtener por medio de préstamo el dinero requerido para cancelar los costos requeridos con ocasión del trasplante, hecho que hace aún más urgente la adopción de una

orden de tutela.

La Sala de Revisión considera que el carácter urgente del transplante se encuentra respaldado por consideraciones médico-científicas. Como se narra en la demanda, el médico Álvaro Calderón, Oncohematólogo, consideró que el transplante referido era la mejor opción terapéutica posible, que la demandante tenía posibilidades biológicas de acceder a ella, y que con su realización aumentarían sus probabilidades de sobrevivir.

Lo anterior permite considerar que el transplante fue considerado como necesario por parte del médico tratante de la demandante, lo cual refuerza la consideración de urgencia de la realización del transplante.

La Sala ha encontrado que se reúnen los requisitos jurisprudenciales establecidos para ordenar por medio de la acción de tutela la autorización del transplante de médula ósea a favor de la señora Desireth del Rosario Luna Ramos, por lo cual se ordenará en la parte resolutive su realización a favor de la demandante por parte de la entidad demandada.

Un análisis de las circunstancias del caso examinado y la consideración de la urgencia con que debe realizarse la intervención solicitada con tal de incrementar las probabilidades de vida de la accionante y evitar la lesión de los derechos de la solicitante por demoras innecesaria, han llevado a la Sala a la anterior determinación, en virtud de las facultades que tiene el juez de tutela frente a casos similares al presente²².

4.2. Exámenes que la demandante tuvo en Barranquilla para determinar la viabilidad de un transplante a su favor y de la compatibilidad con su hermana gemela para el mismo.

La Sala de Revisión estima pertinente pronunciarse respecto a la negativa que asumió la entidad demandada cuando le fue solicitada autorización para la realización de exámenes tendientes a determinar la viabilidad de un eventual transplante en la ciudad de Barranquilla.

Se encuentra que los anteriores exámenes eran vitales e importantes, pues su no realización vulneró el derecho al diagnóstico de la demandante, toda vez que se dejó de apreciar el estado clínico completo de la paciente y no se determinó la posibilidad de realizar satisfactoriamente una intervención que aumentase las probabilidades de vida de la señora Desireth del Rosario. Esta omisión desconoció asimismo el derecho a la vida digna de la demandante y puso en riesgo su supervivencia al impedir el conocimiento de posibilidades médicas que permitiesen garantizar en mayor grado su supervivencia.

Por otra parte, la Sala encuentra que la realización de los exámenes se encontraba ligada de manera inescindible a la realización del transplante solicitado, con lo cual los requisitos que debían cumplirse para su autorización, aun en caso de estar previstos fuera del POS-S, se deben entender satisfechos por las consideraciones hechas en el apartado anterior.

Por lo anterior, la Sala de Revisión previene a la entidad demandada para que en el futuro no incurra en comportamientos como los anteriores.

Finalmente, debe decir la Corte que no es posible ordenar en el presente caso el reembolso de los gastos en que incurrió la demandante para que le fuesen realizados los exámenes en comento –tal como lo sugirió en un aparte de la demanda la peticionaria-, por cuanto la peticionaria dispone de otros mecanismos para solicitar el reintegro de los gastos en que tuvo que incurrir.

Lo anterior se afirma por cuanto la reclamación del reembolso puede ser ventilada ante la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social²³, toda vez que corresponde a un conflicto jurídico entre un afiliado y una entidad administradora de seguridad social –en este caso, una Administradora del Régimen Subsidiado–.

Existiendo otro medio de defensa judicial para reclamar la pretensión en comento, la acción de tutela se torna improcedente para una reclamación en concreto²⁴. La anterior regla no es inflexible, pues la acción constitucional podría ser empleada como mecanismo transitorio “para evitar un perjuicio irremediable”. Empero, para que un perjuicio sea considerado como tal, deben probarse que el daño sea: 1) cierto e inminente –pues no se debe a meras conjeturas o especulaciones–; 2) grave, dado el bien o interés jurídico que resultaría lesionado de no adoptarse una decisión de fondo. Un tercer requisito se refiere a: 3) la necesidad de una acción urgente e inaplazable para evitar el daño irreparable²⁵.

La necesidad de tramitar un proceso para obtener un reembolso, salvo que se demuestre la afectación a derechos fundamentales como consecuencia de la falta de pago, se refiere a una controversia ajena al ámbito de la acción de tutela.

En el presente caso no se han aportado elementos de prueba que permitan demostrar la certeza e inminencia de un perjuicio grave a los derechos de la demandante como consecuencia de la falta de devolución de gastos para la realización de exámenes médicos que exija la adopción de medidas de carácter inaplazable para su protección. En consecuencia, se denegará la pretensión relativa al reembolso.

4.3. Traslado de la demandante para la realización del transplante de médula ósea.

En su demanda de tutela la demandante afirmó que no se encuentra en capacidad de conseguir ni obtener por medio de préstamo el dinero requerido para cancelar los costos requeridos con ocasión del transplante.

Atendiendo a su afirmación y las condiciones socioeconómicas en que se encuentra la demandante -carece de trabajo y afirma ser bastante pobre-, y en aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, la Sala de Revisión da por demostrada la falta de capacidad económica de la peticionaria para asumir los costos requeridos para trasladarse a la ciudad de Barranquilla y someterse allí al transplante de médula ósea. Lo anterior no fue desvirtuado por la entidad demandada en momento alguno.

Como consecuencia de lo anterior, exigir a la señora Desireth del Rosario sufragar los gastos de traslado para la intervención ordenada en este fallo negaría en la práctica el amparo y la garantía de sus derechos fundamentales. Por ello, en conformidad con anteriores fallos de tutela, la Sala de Revisión ordenará a la entidad demandada asumir “el cubrimiento de [los] costos de traslado [de la demandante] al lugar donde requiera la prestación de los servicios, de conformidad con lo ordenado por el médico tratante”²⁶.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Primero: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Desireth del Rosario Luna Ramos. En consecuencia, por las razones expresadas en el presente fallo, se CONCEDE a la actora el amparo a su derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

Segundo: ORDENAR a Caja Salud A.R.S.-UT y/o Comfasucre A.R.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice el transplante de médula ósea solicitado por la señora Desireth del Rosario Luna, así como el cubrimiento de sus costos de traslado para la realización del transplante, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia, de conformidad con lo ordenado por el médico tratante.

Tercero: LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencias T-001 de 2006 y T-582 de 2005.

2 Ibid.

3 Sentencia T-859 de 2003.

4 Cfr., Inter. Alia, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 2, Medidas internacionales de asistencia técnica, 1990. Párrafo 6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las

obligaciones de los Estados Partes, 1990. Párrafo 8.

5 Sentencia T-738 de 2003.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

7 Ibid.

8 Sentencia T-859 de 2003.

9 Ibid.

10 Ibid.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 Las cuales se deben tener en cuenta dada la necesidad de determinar el contenido de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales a la luz de la interpretación que de los mismos hacen los órganos internacionales que tienen la competencia de aplicar las normas de derecho internacional: Cfr. Sentencias C-010 de 2000 y T-1319 de 2001. Si bien la OMS no es un órgano jurisdiccional o cuasijurisdiccional de aplicación de normas de derechos humanos, el Comité de Sociales, Económicos y Culturales, que sí tiene la anterior naturaleza, a propósito del derecho a la salud ha afirmado que “los Estados Partes deben utilizar la información y los servicios de asesoramiento amplios de la OMS en lo referente a la reunión de datos, el desglose de los mismos y la elaboración de indicadores y bases de referencia del derecho a la salud”: en Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000. Párrafo 57.

14 Ibid.

15 Sentencia T-365 de 2005.

16 Ibid.

17 El Parágrafo 1° del artículo 171 de la ley 100 de 1993 establece que “El Consejo tendrá un secretario técnico que será el Director General de Seguridad Social del Ministerio de Salud, cargo que se creará para el efecto, o quien haga sus veces. A través de esta secretaría se presentarán a consideración del Consejo los estudios técnicos que se requieran para la toma de decisiones”.

18 El concepto se encuentra en el Expediente T-1309725 de la Corte Constitucional.

19 Sentencia T-099 de 2006.

20 Ibid.

21 Al respecto, cfr. Supra, nota al pie 9.

22 Supra, nota al pie 20, 21, 22, 23 y 24.

23 La ley 712 de 2001, en su artículo 2, establece que es competencia de la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social la resolución de las controversias “referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”.

24 Artículo 86 de la Constitución Política.

25 Sentencias T-015 de 2006 y T-197 de 2006.

26 Sentencia T-099 de 2006.