T-666-97

Sentencia T-666/97

DERECHO A LA VIDA-Receta de medicamento por médico tratante no incluido en listado oficial

DERECHO A LA VIDA-No puede afectarse por procedimientos burocráticos

No sobra agregar que el derecho fundamental a la vida no puede quedar obstaculizado por procedimientos burocráticos. Si dentro de la reglamentación se dice que previamente al examen de un especialista debe haber el examen de un médico general, esta exigencia no puede invocarse para pretermitir el tratamiento a una enfermedad grave, máxime cuando ya la paciente venía siendo tratada por el especialista. Sería inhumano que la continuación real de un tratamiento urgente quedara en entredicho para efecto de la protección de derechos fundamentales por la disculpa de no agotarse previamente un trámite que vendría a ser inoficioso ya que de todas maneras a la joven debía tratarla un endocrinólogo.

Referencia: Expediente T-147189

Accionante: Jorge Hernán Osorio

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira

Tema: Receta de medicina por el médico tratante

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por JORGE HERNAN OSORIO GUEVARA en representación de su hija discapacitada SANDRA MILENA OSORIO BUENO, contra SALUDCOOP E.P.S.

ANTECEDENTES

Considera el solicitante que a su hija se le ha vulnerado el derecho a la salud y a la vida por cuanto SALUDCOOP E.P.S., regional Pereira, se ha negado a suministrarle a SANDRA MILENA OSORIO BUENO la droga "saizen", recetada por el médico tratante para el tratamiento de deficiencia de hormona de crecimiento, omisión que produciría un deterioro en el organismo de dicha mujer, por cuanto se deformaría, facilitaría el enanismo y que la droga recetada es la única que le produce una reacción favorable.

Reconoce que su afiliación viene desde el 14 de mayo de 1997, figurando como beneficiarios su esposa y sus dos hijos (entre ellos Sandra Milena).

Previamente el solicitante, quien es funcionario de la Fiscalía General de la Nación, en asocio del Analista de Bienestar Social de dicha institución, habían ejercitado el derecho de petición a fin de lograr el suministro del medicamento indicado y el Director de Prestación de Servicios de la EPS les había respondido que no era posible porque el medicamento no se encuentra dentro del manual de medicamentos expedido por el Estado y porque el médico tratante había examinado a Sandra Milena Osorio Guevara sin utilizar el conducto regular (previamente pasar por el médico general para que éste indique que se acceda al servicio especializado). Dicho Director ratifica su posición dentro del expediente de tutela.

ACERVO PROBATORIO

En una de las anotaciones del médico tratante se lee :

“El tratamiento con hormona del crecimiento para la deficiencia en el adulto no es tan esencial como en el niño (pronóstico en la talla adulta final), pero los estudios que se han hecho en diferentes países europeos describen una mejoría en la calidad de vida (aumento del rendimiento muscular y psíquico, disminución de la grasa abdominal, efecto anabólico sobre el hueso, etc.)”.

Unos médicos del Centro de Endocrinología de Occidente, Marta Elena Marín Grisales y Carlos Javier Osorio, nombrados como peritos por el juez de tutela, hicieron en su dictamen referencia al enanismo, al cuadro clínico de insuficiencia y precisaron :

“Además del impacto psicológico y social de su escasa estatura, para lo cual no es posible ningún tratamiento, los pacientes con dicho déficit presentan una composición corporal alterada en la distribución de la grasa corporal y disminución del contenido de masa ósea y muscular con detrimento en su desempeño y calidad de vida.

El tratamiento de estos déficits en el adulto no están completamente codificados en sí, están verdaderamente indicados ni tampoco en su duración, lo cual sería entonces de por vida ya que su déficit es permanente. Además se debería considerar la relación costo-beneficio de dicho tratamiento.

Se conocen estudios de tratamientos de adultos con dicho déficit que reportan mejoría en los parámetros de laboratorio en cuanto a masa ósea y muscular, además de mejoría del cuadro de astenia que los acompaña, lo que no es posible es aumentar la talla de estos pacientes adultos.

Saizen, hormonas de crecimiento de origen recombinante es utilizado en déficit parcial o total de hormonas del crecimiento.

ALGUNAS INCIDENCIAS PROCESALES DIGNAS DE MENCIONARSE :

La tutela fue inicialmente propuesta en Armenia, lugar donde se ha atendido y vive la joven enferma, sin embargo, el Juez 5° Penal del Circuito de dicha ciudad consideró que el competente era el respectivo Juez de Pereira y allí remitió la solicitud. Efectivamente, allí se tramitó.

Puesto en conocimiento de la acción el representante legal de la E.P.S., doctor Mauricio

Gaviria Hincapié, expresó su inconformidad porque según él la instauración de la tutela complica y congestiona “los estamentos judiciales de los juzgados”.

Proferido el fallo de primera instancia, favorable a las pretensiones del solicitante, se impugnó la decisión y el juez la concedió en el “efecto suspensivo”.

DECISIONES DE INSTANCIA

El mencionado fallo de primera instancia fue dictado por la Juez 3° Penal del Circuito de Pereira el 5 de septiembre de 1997 concediendo la tutela.

La sentencia de segunda instancia revocó lo decidido por el el a-quo, fallo del 30 de septiembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira.

Consideró el ad-quem que el medicamento recetado está dentro de las exclusiones del literal g- del artículo 15 del decreto 1938 de 1994 ; y porque existen otras vías para reclamar el medicamento.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación y de la acumulación decretada.

B. TEMAS JURIDICOS

En reciente providencia, la SU-480/97 se unificó y desarrolló la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre aspectos relacionados con la salud. Por consiguiente, se reseñará, en lo que tenga que ver con los fallos que se revisan, lo ya determinado por la Corte Constitucional:

1. TRASLADO DE LA OBLIGACIÓN A LOS PARTICULARES

Se dijo en la sentencia SU-480/97 que dentro de la organización del sistema general de seguridad social en salud, la Constitución, artículos 48 y 49, y la ley 100 de 1993, permiten la existencia de las Entidades Promotoras de Salud, de carácter privado, que prestan el servicio según delegación que el Estado hace.

“Artículo 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

PARAGRAFO. Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones o por asentamientos geográficos de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Indica la SU-480/97:

“Esa delegación, conforme lo señala el artículo, es para prestar 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). Y el mismo decreto en su artículo 3º, literal b-) dice que este derecho es para los afiliados al régimen contributivo y la obligación le corresponde a las EPS”.

2. ENFERMEDADES CATASTROFICAS (DE ALTO COSTO)

Con relativa frecuencia se acude a las EPS para la curación de enfermedades calificadas como ruinosas o catastróficas.

La Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud ordena:

“Artículo 17. Tratamiento para enfermedades ruinosas o catastróficas. Para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.”

Se incluyen los siguientes:

- a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
- b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de médula ósea y de córnea.
- c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.
- f. Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor.
- g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
- h. Reemplazos articulares.

PARAGRAFO. Los tratamientos descritos serán cubiertos por algún mecanismo de aseguramiento y estarán sujetos a períodos mínimos de cotización exceptuando la atención inicial y estabilización del paciente urgente, y su manejo deberá ceñirse a las Guías de Atención Integral definidas para ello”. (subraya fuera del texto).

Artículo 117. De la misma Resolución 5261 de 1994. Patologías de tipo catastrófico. Son patologías CATASTROFICAS aquellas que representan una alta complejidad técnica en su

manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos:

- Transporte renal
- Diálisis
- Cirugía cardíaca
- Reemplazos articulares
- Manejo del gran quemado
- Manejo del trauma mayor
- Manejo de pacientes infectados por VIH
- Quimioterapia y radioterapia para el cáncer
- Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos
- Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas"

3. PELIGRO INMINENTE Y MEDICAMENTOS

Cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario. La Corte ha ordenado que se dé, en su totalidad, el tratamiento que el médico señale. En extensa argumentación, en la T-271 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) se indicó que si no se cumplía con el tratamiento se afectaba el derecho a la vida y la salud. Cuando está de por medio la vida, dijo expresamente la sentencia T-224 de 5 de mayo de 1997, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

En cuanto a los medicamentos, expresamente se dijo en la SU-480/97:

“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.

El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, 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".

Posición que ya aparecía en el fallo T-271/95:

“La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, “una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance ” (Sentencia T-067 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. En la sentencia T-165 de 1995 la Corte expuso: “Siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial mediante lesión o amenaza inminente y grave el Estado Social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable . Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona que es el fin del derecho “. (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).”

La SU-480/97 redondeó el tema así:

En la T-125/97 reiterándose jurisprudencia, se consideró que la negativa a entregar medicamentos no incluidos en el listado oficial puede vulnerar los derechos a la vida y, es deber de las EPS atender la salud y conservar la vida del paciente, de lo contrario, desconocen sus deberes.

El usuario que tiene su derecho a la prestación puede oponer este derecho a la EPS a la cual esté afiliado para que tal entidad encargada de la prestación del servicio le de el contenido del derecho que además tiene esta característica”.

Queda claro que en determinadas circunstancias se debe entregar medicina al paciente, aunque aquella no figure en el listado oficial.

4. PUEDEN LAS EPS REPETIR CONTRA EL ESTADO POR ESOS MEDICAMENTOS QUE NO FIGURAN EN LISTADO?

Dice el Artículo 38 del Decreto 1938 de 1994:

“Del aseguramiento para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas: para garantizar la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo, definidas como catastróficas o ruinosas en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, deberá establecer algún mecanismo de aseguramiento.

Parágrafo1º. Se clasifican como tratamiento para enfermedades catastróficas de alto costo en su manejo las que se señalan expresamente a continuación. El Ministerio de Salud podrá ampliar o reducir este listado.

- a. Tratamiento con quimioterapia y radioterapia para el cáncer;
- b. Trasplante de órganos y tratamiento con diálisis para la insuficiencia renal crónica;
- c. Tratamiento para el Sida y sus complicaciones;
- d. Tratamiento médico-quirúrgico para el paciente con trauma mayor;
- e. Tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos por más de cinco días;
- f. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central;
- g. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito;
- h. Reemplazos articulares.

Parágrafo 2º. El Gobierno Nacional definirá la forma y condiciones para la operación del

fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas.

Parágrafo 3º. El fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas cubrirá el valor de la atención para cada una de las patologías descritas con un tope máximo por evento año. Los gastos que superen este valor serán cubiertos por el usuario, lo que podrá hacerse como una modalidad de planes complementarios. Todo lo anterior se hará de la forma como lo regule el Gobierno Nacional.” (subrayas fuera de texto).

Y determinó la SU-480/97:

“Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 (transcrito anteriormente) la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de “promoción de la salud” (art. 222 de la ley 100 de 1993). Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido”.

CASO CONCRETO

Vistos los anteriores aspectos jurídicos, se tiene que en el caso materia de la presente tutela, ocurre lo siguiente :

También es cierto que el saizen no figura en el listado, luego, en principio, no le correspondería entregarlo a la E.P.S.

Vendría la pregunta de si el no empleo de tal droga implicaría un atentado contra la vida del paciente. Es indudable que no pondría en peligro inminente la vida, pero si la deterioraría en tal forma alteraría el núcleo esencial de la misma. Luego, el empleo del saizen, en el caso concreto de esta tutela está probado que es indispensable.

Pero como el medicamento no figura en el listado aprobado por el gobierno, se colige que la E. P. S. no estaría obligado a entregarlo. Sin embargo, debe hacerlo para mantener el núcleo esencial del derecho a la vida, pero puede repetir contra el Estado según se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

No sobra agregar que el derecho fundamental a la vida no puede quedar obstaculizado por procedimientos burocráticos. Si dentro de la reglamentación se dice que previamente al examen de un especialista debe haber el examen de un médico general, esta exigencia no puede invocarse para pretermitir el tratamiento a una enfermedad grave, como ocurre en el caso de la presente tutela, máxime cuando ya la paciente venía siendo tratada por el especialista. Sería inhumano que la continuación real de un tratamiento urgente quedara en entredicho para efecto de la protección de derechos fundamentales por la disculpa de no agotarse previamente un trámite que vendría a ser inoficioso ya que de todas maneras a la joven debía tratarla un endocrinólogo.

Significa lo anterior que la acción debe prosperar dentro de los parámetros que en la presente sentencia se han fijado.

Unas últimas acotaciones de carácter procedimental, ya que hubo incidencias dentro del expediente en tal sentido :

a. En cuanto a la competencia a prevención, si la tutela se presentó en Armenia lugar donde el solicitante consideró se cometió la violación ya que allí está la paciente, allí la tratan y allí se le negó el medicamento, entonces, no había para qué remitir el expediente a Pereira (sede de la E.P.S. que negó la entrega de la droga). Esa competencia a prevención era válida en Armenia. La Corte considera que por el principio de celeridad no habrá lugar a decretar la nulidad, pero se hace esta consideración por pedagogía constitucional.

a. El argumento de que la tutela entorpece la justicia no es de recibo.

c. Cuando hay impugnación de un fallo de tutela, no puede concederse ese recurso en el efecto suspensivo porque el fallo de tutela es de obligatorio e inmediato cumplimiento.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la decisión del Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, pronunciada en la tutela de la referencia el 30 de septiembre de 1997, y, en su lugar CONFIRMAR el fallo de primera instancia del Juzgado 3° Penal del Circuito de Pereira el 5 de septiembre de 1997, con la ADICION de que la E. P. S. SALUDCOOP podrá repetir contra el Estado en los términos indicados en el presente fallo.

Segundo.- Por Secretaría se libraré la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Notifíquese, insértese en la Gaceta Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El artículo 15 del decreto 1938 de 1994 contiene las exclusiones y limitaciones al P.O.S. y dentro del ellas, en el literal y aparece: “Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica”.