

## SENTENCIA T-685/08

(Bogotá, D.C., julio 4)

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Fundamental como parte de la salud

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Práctica de doplex venoso de los miembros inferiores y suministro de medicamento Herbemin por parte de EPS-S

Referencia: Expediente T- 1.848.325

Accionante: Emelina Murcia España

Accionado: Instituto Departamental de Salud del Caquetá. IDESAC y COMFACA ARS

Fallo objeto de revisión: sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, Caquetá, del primero (01) de noviembre de 2007 (no impugnada).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES.

#### 1. Pretensión.

La accionante solicita la protección de su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida<sup>1</sup>, el cual está siendo vulnerado por las entidades demandadas al no autorizarle la práctica del examen dooplex venoso de miembros inferiores y el suministro del medicamento Hebermin, los cuales fueron prescritos por el médico tratante, al no encontrarse dentro del

P.O.S.S.

1. Respuesta del accionado.

2.1 El representante legal de COMFACA ARS, Gustavo Malagón, señaló en su escrito de contestación de la demanda, que no puede autorizar la realización del examen dooplex venoso de miembros inferiores y el suministro del medicamento Hebermin porque se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado -P.O.S.S.-, en el cual se encuentra la señora Murcia España. En consecuencia le corresponde al Instituto Departamental de Salud del Caquetá autorizar las actividades, procedimientos e intervenciones, servicios, insumos y medicamentos o tecnología no P.O.S.S. de beneficiarios del régimen subsidiado.

2.2 El señor Jesús María Lara Ardila, director del Instituto Departamental de Salud de Caquetá, respondió la demanda indicando que el medicamento Hebermin, solicitado por la accionante, se encuentra excluido del P.O.S.S. En relación al paraclínico dooplex venoso de miembros inferiores, requirió a la señora Emelina Murcia España para que se presentara en la subdirección de seguridad social del IDESAC para la expedición de la orden respectiva.

1. Hechos relevantes y medios de prueba.

1. La señora Emelina Murcia España tiene 66 años y es afiliada del Régimen Subsidiado, SISBEN Nivel 1 en la COMFACA EPS-S desde el 16 de diciembre de 2001. 2

1. El 10 de agosto de 2007, el médico especialista Adolfo Arturo Izquierdo adscrito a la ARS COMFACA expidió orden médica para que se le practicara un dooplex venoso de miembros inferiores a la accionante y el uso del medicamento Hebermin.3

1. El 26 de octubre de 2007, el médico especialista Adolfo Arturo Izquierdo, informó al juzgado de instancia, que revisada la historia clínica de la accionante: (i) el diagnóstico clínico de la paciente es insuficiencia venosa crónica primaria o secundaria del sistema venoso superficial y de perforantes por reflujo y de grado V (con presencia de una úlcera venosa activa); (ii) para confirmar el diagnóstico anterior, requiere una cirugía y un mapeo venoso prequirúrgico, es decir, un dooplex venoso; (iii) sin embargo, indicó que la práctica del examen no es urgente ni pone en peligro la vida de la paciente, por tanto se puede posponer de manera indefinida.

En relación con el medicamento Hebermin señaló que es una sustancia que contribuye a la pronta cicatrización de las úlceras venosas (en piel y tejido celular subcutáneo), la cual puede ser “sustituida con cualquier crema humectante, con curaciones diarias, con suero fisiológico, etc.”, igualmente recalcó que la no aplicación del medicamento no pone en peligro la vida de la paciente, ni es indispensable.<sup>4</sup>

1. Decisiones judiciales objeto de revisión: fallo de Primera Instancia (Juzgado Primero Civil del Circuito).

Se negó la protección de los derechos de la señora EMELINA MURCIA ESPAÑA considerando que “no está en peligro su vida y tiene la opción de solicitarle a su médico tratante que le sustituya el medicamento prescrito y que el Director del IDESAC manifestó que puede acercarse a la Subdirección de Seguridad Social de esa entidad para la expedición de la orden del examen.”

## I. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del veintiocho (28) de marzo de 2008 de la Sala de Selección de Tutela Tres de la Corte Constitucional.

## 2. El Problema Jurídico

De los antecedentes y pruebas obrantes en el expediente, la Sala de Revisión pasará a estudiar si la no autorización del examen diagnóstico y del medicamento por parte de las entidades demandadas, no incluidos en el P.O.S.S., ordenados por el médico tratante a la accionante vulnera su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna.

Con el fin de abordar este problema jurídico, la Sala reiterará el precedente constitucional sobre: i) el derecho al diagnóstico y ii) las subreglas jurisprudenciales para conceder tratamientos y procedimientos no P.O.S. Finalmente, a partir de las reglas jurisprudenciales que de este análisis se deriven, resolverá el caso concreto.

La Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que al negarse la realización de un examen diagnóstico que ayudaría a detectar la enfermedad del paciente con mayor precisión para así determinar el tratamiento necesario, se está poniendo en peligro el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

En ese sentido, esta Corporación en la sentencia T-366 de 1999 señaló que “el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico<sup>5</sup>, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen”-.

En esa misma sentencia se señaló que la entidad prestadora del servicio es responsable por

negligencia, si no práctica en forma oportuna y satisfactoria los exámenes que sus propios médicos hayan ordenado<sup>6</sup>. Además advirtió que se debe tener en cuenta que el médico tratante es quien determina la necesidad o no de realizar un examen para establecer el estado de salud del paciente y el posible tratamiento a seguir para obtener ya sea la mejoría o las posibles soluciones médicas y tratamientos que le permitan llevar una existencia digna, por lo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional.

Entre tanto, para la Corte es claro que cuando se niega la realización de un examen de diagnóstico que se requiere para ayudar a detectar la enfermedad que aqueja al paciente o para precisar su nivel de afectación y así determinar el tratamiento necesario a seguir, se pone en peligro su derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida.

2.2 Los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitar mediante tutela un tratamiento médico excluido de la regulación legal y reglamentaria del derecho a la salud

Para determinar las situaciones en que es procedente otorgar el amparo constitucional a la salud, en conexidad con un derecho fundamental, la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha establecido ciertos criterios, que son los siguientes<sup>7</sup>:

- 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<sup>8</sup>.
- 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.
- Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).
- 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.

Ahora bien, una vez verificado el cumplimiento de los mencionados requisitos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela tiene dos alternativas para la protección efectiva de los derechos fundamentales de aquel que solicita el amparo.

-Por un lado, el juez puede ordenar a la administradora del régimen subsidiado correspondiente que gestione ella misma la prestación del tratamiento, la práctica del procedimiento o el suministro de los medicamentos requeridos por el paciente, siempre y cuando se encuentre en la capacidad de realizarlo, caso en el cual se le autoriza para que repita o bien contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud -FOSYGA- o contra la Secretaría de Salud Departamental o Distrital respectiva.

Esta última posibilidad -la de permitir que la entidad repita en contra de la Secretaría de Salud Departamental o Distrital, según el caso- encuentra fundamento en lo establecido en los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001, los cuales se refieren a las competencias de los departamentos y distritos en materia de salud. En efecto, las normas señaladas consagran como una de las funciones de estas entidades territoriales, la de gestionar la prestación de los servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda, mediante instituciones prestadoras del servicio de salud públicas o privadas y la de financiar directamente con recursos propios la prestación de dichos servicios a la población más pobre. Finalmente, resulta importante anotar que, de acuerdo con el párrafo 1° del artículo 214 de la Ley 100 de 1993, los recursos que destinen las direcciones seccionales, distritales y locales de salud al régimen de subsidios en salud se manejan como una cuenta especial, aparte del resto de recursos dentro del respectivo fondo seccional, distrital y local.

-Por otra parte, el juez puede ordenar a la Empresa Promotora de Salud del régimen subsidiado que coordine con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario, en vez de ordenar la gestión directa por parte de la EPSS.

Esta dualidad, según lo ha establecido la Corte Constitucional, obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud, ya que éste se financia, por un lado, de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y, por el otro, con los del subsector oficial de

salud que se destinen para el efecto. El punto común de estas dos alternativas de solución parte de reconocer la vulneración de un derecho fundamental -generalmente del derecho a la salud o a la seguridad social en conexidad con los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de la persona- lo cual, como se indicó, constituye una condición de procedencia de la acción de tutela<sup>9</sup>.

### 3. Análisis del caso

#### 3.1 Requisitos de procedencia.

3.1.1 La Sala de Revisión, en virtud del escrito aportado por el médico tratante de la accionante, doctor Alriolfo Arturo Izquierdo, y en aplicación de la jurisprudencia de esta Corporación, considera que se encuentra cumplida la regla que señala que la falta del procedimiento y de medicamento excluidos por la reglamentación legal o administrativa amenaza los derechos fundamentales a la vida o integridad personal de la interesada.

El médico tratante de la accionante sostiene que la paciente padece de “insuficiencia venosa crónica primaria o secundaria del sistema venoso superficial y perforantes por reflujo de grado V con presencia de úlcera venosa activa”, y requiere que se le practique el examen dooplex venoso de los miembros inferiores para confirmar el diagnóstico, tener un mapeo venoso prequirúrgico y planear cirugía. Además, señala que el medicamento Herbermin contribuye a la pronta cicatrización de las úlceras venosas activas que padece la accionante. Sin embargo, advierte que no practicarle el examen y el no suministro del medicamento a la paciente no pone en peligro su vida. Con fundamento en esta afirmación, el juez de instancia consideró que en este caso no se presentaba vulneración de derechos fundamentales porque el tratamiento ni el examen eran urgentes y no se encontraba amenazado el derecho a la vida.

-Para la Sala, la decisión del juez de instancia no es acertada pues la protección constitucional del derecho a la salud no puede ligarse de manera exclusiva a la afectación del derecho fundamental a la vida, de tal forma que si el solicitante no se está muriendo, entonces, la acción de tutela no sería el mecanismo de protección judicial indicado. Por el contrario, corresponde de manera especial al juez de tutela, como principal garante de la eficacia de los derechos constitucionales considerar la relación que pueda existir entre el derecho constitucional a la salud y los demás derechos fundamentales, como por ejemplo, el

derecho a la dignidad humana, entendido como el derecho a las condiciones materiales y físicas de existencia que mejor permitan el desarrollo social de la persona, el derecho a la igualdad real y material el derecho al libre desarrollo de la personalidad o incluso el propio derecho fundamental a la integridad física.

En este sentido, la Sala reafirma que la aplicación del criterio de conexidad en materia de salud no se restringe al derecho a la vida, sino que comprende los demás derechos fundamentales de las personas, y que en este sentido es deber del juez indagar, a partir de los hechos del caso, sobre las posibilidades de que se presente una relación de conexidad de esta naturaleza.

-De acuerdo con lo anterior, en este caso, la Sala concluye que al negar la práctica del examen de dooplex venoso de los miembros inferiores a la accionante, cuando su realización ayudará a detectar la enfermedad que padece la paciente con mayor precisión para así iniciar el tratamiento quirúrgico necesario, y no suministrar el medicamento que contribuya a la pronta cicatrización de las úlceras venosas activas que padece la paciente, como lo sostuvo el médico tratante, se está vulnerando su derecho al diagnóstico, poniendo en peligro su derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de la accionante y su derecho fundamental a la integridad física.

3.1.2 Ahora bien, en relación con la regla jurisprudencial que exige para la procedencia de la acción de tutela que se trate de un medicamento o procedimiento 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 eficiencia que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital, la integridad o la vida digna, la Sala considera que ésta también se ha cumplido.

De las pruebas que se encuentran en el expediente se establece que ni las entidades accionadas ni el médico tratante hicieron referencia respecto del examen dooplex venoso de miembros inferiores por lo que se entiende que no hay ningún examen que pueda sustituir el que fue ordenado a la accionante. Sin embargo, el médico tratante señaló que a pesar de que el medicamento Hebermin es necesario para la cicatrización de las úlceras venosas abiertas que padece la paciente, éste se puede sustituir por “cualquier crema hidratante, con suero fisiológico, etc.”.

Esta Corporación ha exigido que para que el medicamento ordenado pueda sustituirse por otro, se requiere demostrar que el medicamento sustituto obtenga el mismo nivel de eficiencia y efectividad que el excluido del plan. Empero, en el caso bajo estudio, la sola afirmación del médico tratante de que el medicamento para ayudar a la cicatrización de las úlceras que padece la accionante puede sustituirse por cualquier crema hidratante o suero fisiológico no prueba el nivel de eficiencia y efectividad que exige la jurisprudencia para aprobar el tratamiento sustituto. El médico tratante al afirmar que existe un medicamento sustituto tiene la obligación de demostrar, al menos en un informe técnico, cómo este medicamento puede aliviar las dolencias de la paciente de igual o mejor forma que el medicamento que no está cubierto por el P.O.S.S., de lo contrario no es posible demostrar la eficiencia y efectividad del medicamento sugerido para que sea sustituido por el ordenado.

En suma, la Sala considera que este requisito también se encuentra cumplido.

3.1.3 En cuanto al requisito de la incapacidad económica, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción en el sentido de que, en aquellos eventos en que el afectado es una persona que se encuentra inscrita en el régimen subsidiado de salud y que ha sido clasificada por la encuesta SISBEN, en los niveles I y II, se infiere que ella carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los tratamientos, procedimientos, cirugías o medicamentos que le hayan sido prescritos por el médico tratante de la EPS del régimen subsidiado a la que se encuentre afiliado<sup>10</sup>. En el expediente se encuentra probado que la señora Emelina Murcia España se encuentra inscrita en el Régimen Subsidiado, clasificada en el nivel I de pobreza del SISBEN y afiliada a la EPS-S COMFACA<sup>11</sup>. En consecuencia, la Sala encuentra que también se ha verificado este requisito.

3.1.4 En cuando a la exigencia de que el diagnóstico haya sido dado por un médico adscrito encuentra la Sala que las entidades demandadas no adujeron nada respecto de esta situación en la contestación de la demanda por lo que no podría entonces exigírsele a la paciente que demostrara la calidad del médico especialista cuando se trata de un asunto que no fue discutido por éstas, ni alegado como razón para negar la entrega del medicamento y la práctica del examen diagnóstico.

3.2. Así pues es evidente que, en el presente caso, se encuentra debidamente acreditado el cumplimiento de las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Corporación para

proteger los derechos a la vida y a la salud de la señora Emelina Murcia España y, en particular, para disponer dicha protección a cargo de COMFACA EPS-S.

En consecuencia, se procederá a conceder el amparo tutelar solicitado y, por lo tanto, se ordenará a la EPS-S COMFACA que suministre el medicamento Herbemin y practique el dooplex venoso de los miembros inferiores a la señora Emelina Murcia España que fueron prescritos por el médico tratante, autorizando a dicha entidad para que repita contra la Secretaría de Salud de Caquetá de conformidad con el artículo 214 de la Ley 100 de 1993 y con los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001, toda vez que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos no puede ir en desmedro de los legítimos intereses económicos de los particulares que prestan los servicios de salud, previa habilitación del Estado.

Sin embargo, se advertirá que la repetición sólo puede adelantarse por aquellos dispositivos y procedimientos que efectivamente no se encuentran incluidos en el POS-S, como quiera que, en caso contrario, la obligación de su suministro correspondiera directamente a la EPS-S accionada.

En el presente caso, la señora Emelina Murcia España se encuentra clasificada en el nivel 1 del SISBEN lo que prueba su incapacidad económica, por lo que se ordenará a la EPS-S accionada que frente a los dispositivos y procedimientos que deban suministrarse y practicarse a la accionante, se abstenga del cobro de las cuotas de recuperación.

## I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVÓCASE la sentencia proferida el día primero (01) de noviembre de 2007 Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia Caquetá, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Emelina Murcia España. En consecuencia, CONCÉDASE la protección del derecho fundamental a la salud de la Señora Emelina Murcia España, de conformidad con las

consideraciones expuestas en el presente fallo.

Segundo: ORDÉNASE a la entidad COMFACA EPS-S, a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice la práctica del examen dooplex venoso de los miembros inferiores y suministre el medicamento Hebermin.

Tercero. ADVERTIR a COMFACA EPS-S que no podrá condicionar el cumplimiento de lo aquí ordenado al pago de cuotas moderadoras, copagos o cuotas de recuperación por parte de la accionante.

Cuarto. SEÑALAR que COMFACA EPS-S podrá repetir contra la Secretaría Departamental de Salud de Caquetá por aquellos gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo, pero únicamente por aquellos costos en los que deba incurrir por procedimientos que se encuentran por fuera del POS-S, de acuerdo con lo legal y jurisprudencialmente establecido.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La accionante Emelina Murcia España interpuso la acción de tutela objeto de estudio el día 18 de octubre de 2007. Ver folio 1 del cuaderno de pruebas #1.

2 Según consta en la cédula de ciudadanía y en el cárne de la ARS. Ver folios 3 y 4 del cuaderno #1.

3 Ver folios 4 y 5 del cuaderno #1.

4 Ver folio 19 del cuaderno #1.

5 El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994, define el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

7 Sentencia T-1207 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también las sentencias T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz (derecho a la salud como derecho fundamental), T-491 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (derechos fundamentales por conexidad), T-300/01. M.P. Clara Inés Vargas Hernández (requisitos para inaplicar normas del POS), SU-819 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis (derecho a la salud en conexidad con la vida, prestaciones de salud excluidas del POS, entre otras), T-523 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda (requisitos para acceder a prestaciones de salud cuando faltan semanas de cotización), T-586 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas (suministro de medicamentos sin cumplir periodo mínimo de cotización), T-406 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil (derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida e inaplicación de normas del POS).

8 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Al respecto puede consultarse, entre otras, la sentencia T-264 de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

10 Ver entre otras las sentencias T-956 de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; T-410 de 2002 y T-287 de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Ver folio 3 del cuaderno de pruebas #1