

Sentencia T-831/05

DERECHO A LA SALUD-Tratamiento de diagnóstico genético prescrito no fue dispuesto por médico adscrito a la EPS

La Sala concluye que no resulta factible en este caso, acceder al amparo solicitado, no precisamente porque el procedimiento prescrito se encuentre excluido del POS y el derecho invocado no tenga el carácter de fundamental, sino porque el tratamiento que solicita la actora, no fue dispuesto por un médico adscrito a la entidad accionada y ese requisito no se puede pretermitir sin mayores disquisiciones, puesto que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo determinen los facultativos que mantienen una relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede disponer el tratamiento, o prescribir el medicamento. Finalmente ha de advertirse por la Corte Constitucional, que la negación de la protección solicitada mediante esta acción de tutela, no impide que, si en el futuro se ordena por el médico tratante adscrito a la EPS un tratamiento similar o equivalente al que se solicita por la peticionaria, habrá de resolverse lo pertinente por la EPS y a la mayor brevedad posible conforme a la Constitución y la Jurisprudencia de esta Corporación.

Referencia: expediente T-1113409

Acción de tutela de Margarita Maria Arboleda Gaeth, contra el Seguro Social EPS Seccional Cauca.

Procedencia: Tribunal Superior de Popayán – Sala de Familia.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil cinco (2005).

La Sala Segunda (2a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán - Sala de Familia, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Margarita Maria Arboleda Gaeth, contra el Seguro Social EPS Seccional Cauca, a efectos de reiterar la jurisprudencia de esta Corporación, en el asunto que originó la tutela de la referencia.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

La actora presentó acción de tutela el once (11) de noviembre de 2004, ante los Juzgados del Circuito de Popayán (reparto), por los hechos que se resumen a continuación:

A. Hechos

La actora afiliada cotizante al ISS desde octubre de 1998 como trabajadora independiente, manifiesta que en julio de 1992 nació su hijo José Camilo, quien padece de una enfermedad genética devastadora llamada fibrosis quística FQ, y que para obtener la atención debida para su hijo ha tenido que acudir a la vía de tutela.

Expresa que hace 2 años volvió a quedar en embarazo, y con el fin de saber si el bebé venía afectado con dicha mutación, fue necesario la realización de una amniocentesis genética, razón por la que tuvo muchas complicaciones, hasta que en julio de 2002 fue atendida en una clínica del ISS por rompimiento de membranas procedimiento en el cual sacaron el bebé que había fallecido.

Indica que desde la fecha de la pérdida de su bebé hasta ahora, ha estado recibiendo ayuda psicológica, pues el hecho de tener un hijo es fundamental no solo para ella sino para su familia y además la posibilidad de vida para su hijo José Camilo, ya que las terapias genéticas apuntan a donar células madres sanas, sin afectar al nuevo ser, y si sería una esperanza de vida para su hijo afectado.

En septiembre de 2004, asistió a una cita en el CAA Antonio Nariño y fue remitida por su

médico tratante, al ginecólogo adscrito al ISS Silvio H. Stella, el 13 de octubre de 2004 quien declaró atender por primera vez un caso como el de ella y el 15 de octubre del mismo año fue remitida a la médica genetista Dra. Clara Esteban Pérez, quien es la única especialista de este tema en el país.

En octubre 29 de 2004, presentó derecho de petición al ente accionado para poder asistir a la cita con la genetista Clara Esteban y empezar su tratamiento, pero le fue negada mediante oficio del 5 de noviembre de 2004, informándole que la genetista en mención, no tiene relación contractual con el ISS.

Al escrito de tutela, la actora acompañó documentos como fotocopia de documento de identidad y carné del ISS, copia del recibo de pago de la cotización al ente demandado, historia clínica del menor José Camilo, copias de tutelas interpuestas a favor de su menor hijo en contra del ISS, información general acerca de la fibrosis quística, su historia clínica y la del menor hijo, y entre otros copia del derecho de petición.

Igualmente obran dentro del expediente los siguientes escritos:

a. Escrito remitido por fax por la médico, Dra. Clara Esteban Pérez Bioenergética Molecular Reproductiva CECOLFES, mediante el cual se presenta un informe sobre tratamiento adecuado para lograr los niños libres de la enfermedad de Fibrosis Quística.

a. Informe escrito del médico especialista en ginecología Dr. Silvio H. Estela González, que manifiesta que no es el médico tratante de la paciente Margarita Maria Arboleda Gaeth, y que ella se presentó para que se le transcribiera una fórmula con medicamentos prescritos por la Dra. Clara Esteban Pérez.

a. Escrito de contestación de la entidad accionada, donde expresa que el procedimiento solicitado por la paciente no ha sido suministrado por cuanto no se encuentra contemplado en el POS, y que no puede conceder una petición de este tipo, ya que no existe ningún riesgo

a sus derechos fundamentales, afirmando que en este orden los derechos de la accionante no pueden estar por encima de los derechos de los pacientes vitales que debe atender el ISS, entre los que se encuentra el hijo de la accionante, quien requiere se le garantice de manera oportuna el servicio por su enfermedad de fibrosis quística. De otro lado la Dra. Clara Esteban Pérez, no se encuentra adscrita a la EPS, ni se encuentra vigente contrato alguno con las entidades para las cuales presta sus servicios, y además el procedimiento solicitado por la paciente, se encuentra en etapa experimental, siendo uno más de los motivos por los cuales no puede suministrarse el mismo.

a. Declaración jurada remitida por la sicóloga Manuelita Velasco Mosquera quien señala que conoce la accionante y le ha prestado los servicios de psicología.

a. Interrogatorio de la accionante, ampliando lo afirmado en el escrito de demanda, en el sentido de señalar que no cuenta con los recursos para asumir los costos del tratamiento requerido por ella, que no poseen bienes inmuebles y la mayoría de sus ingresos se le van en los gastos de alimentación especial de su menor hijo.

B. La demanda de tutela.

La actora solicita la protección a sus derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, y a la familia, ya que considera que la EPS demandada viola ostensiblemente sus derechos al no expedir la orden necesaria para remitirla al especialista e iniciar su tratamiento.

C. Pretensión.

La actora solicita se ordene al Seguro Social EPS para que proceda a autorizar todos los procedimientos, exámenes medicamentos tratamientos y estudios genéticos necesarios para poder llevar a buen término un proceso para dar a luz un hijo sano.

D. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil cuatro (2004), el Juzgado Primero de Familia de Popayán, denegó la tutela solicitada, por las siguientes razones:

Según los lineamientos de la Corte Constitucional, se estudiaron los medios probatorios allegados al proceso y se estableció que no se configuran las dos hipótesis previstas por la jurisprudencia, mediante las cuales la acción de tutela es el mecanismo idóneo para acceder al suministro de tratamientos por parte de la EPS.

En cuanto al primer presupuesto (cuando el mismo ha sido iniciado y suministrado por la EPS), se toma el análisis de la historia clínica de la tutelante, las declaraciones de los doctores Orlando Paredes, Pedro Voltaire Burbano, y Silvio H. Estela Gonzáles, donde se logra establecer que la actora no ha sido paciente, ni ha venido siendo tratada por el trastorno genético que le impide tener hijos sanos, tan sólo obra la consulta realizada por el doctor Paredes, quien le realizó un diagnóstico de paciente sana portadora de la mucoviscidosis, que desea un embarazo, y por ello la remitió al ginecólogo Silvio Estella, que a su vez indica que no es médico tratante de la misma, y que ella solo acudió a consulta para que la transcribiera una fórmula con medicamentos NO POS, prescritos por la Genetista Clara Esteban Pérez médico particular, para quien el ISS no autorizó la orden de apoyo.

Referente al segundo presupuesto (en el evento en que la infertilidad es derivada de otras patologías o enfermedades que producen una afectación de la integridad personal, la salud o la vida en condiciones dignas del sujeto), de la misma historia clínica y los testimonios recibidos, se colige que la señora Margarita Maria Arboleda Gaeth, no sufre ninguna enfermedad en su aparato reproductor femenino, pues es una persona sana, no sufre trastornos que afecten su desarrollo personal, su vida no corre ningún peligro, lo que se encuentra es que ella es portadora del gen que provoca hijos enfermos de fibrosis quística, situación que afecta y angustia a la tutelante.

Concluye finalmente que la infertilidad causa un efecto nocivo en la persona que lo sufre, aunque el avance de la ciencia esta brindando más posibilidades para afrontar los inconvenientes planteados, pero nuestro país no está en capacidad de asumir esos costos que son objeto de investigación, por ende no se asegura pleno éxito. En consecuencia el Estado esta en la obligación de establecer prioridades en materia del gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales.

E. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil cinco (2005), el Tribunal Superior de Popayán – Sala de Familia, confirmó el fallo del a quo, al considerar que no se trata de un caso o evento de infertilidad imputable a la actora, sino que ella es portadora del GEN de FIBROSIS QUISTICA o MUCOVISCIDOSIS, que le impiden tener una descendencia sana, siendo una enfermedad hereditaria que afecta principalmente la respiración y la digestión del que la padece, que actualmente no tiene cura, y puede mejorarse su sintomatología con tratamiento médico.

El tratamiento sugerido por la señora Margarita Maria Arboleda Gaeth, y calificado como el PGD tendiente a engendrar hijos sanos y negado en su autorización por la entidad accionada, aparece ratificado en su realidad científica por los médicos especializados Dr. Elkin Lucena Q, y Dra. Clara Esteban Pérez, adscritos a CECOLFES. A través de la selección de embriones e implantación, hace posible el nacimiento de niños libres de enfermedades genéticas, llenando las aspiraciones de madre mujer y esposa de la accionante, de tener una descendencia sana.

En el caso examinado, no se da uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que como fuente del derecho debe ser aplicada para resolver la impugnación formulada, consistente en que el tratamiento solicitado Diagnóstico Genético Preimplantación PGD de selección de embriones e implantación, que pretende se autorice por esta vía, no ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS accionada, dado que dicho procedimiento aparece respaldado científicamente por la médica particular genetista Clara Esteban Pérez, teniendo en cuenta que la conducta médica asumida por el doctor Silvio Estela Gonzáles, frente a la señora Margarita Maria Arboleda Gaeth, es su calidad de médico del ISS, consistió en la transcripción de una formula médica, con medicamentos prescritos por la doctora Clara Esteban Pérez (médica particular) tal como se deduce del escrito que obra a folio 34 del cuaderno principal, conducta medica que aparece ratificada por la declaración judicial rendida bajo la gravedad de juramento del doctor Silvio Estela Gonzáles y el doctor Pedro Voltaire Burbano adscrito a la entidad demandada.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

La actora interpone la acción de tutela al considerar que la EPS demandada vulnera sus derechos fundamentales, al no autorizar el tratamiento excluido del POS, necesario para poder llevar a buen termino un proceso para dar a luz un hijo sano.

Por tanto, corresponderá a esta Sala decidir si en el caso en estudio procede la acción de tutela.

Tercera. La salud como derecho constitucional fundamental.

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud, del cual gozan todas las personas dentro de las condiciones establecidas en los artículos 48 y 49 de la Carta, puede ser considerado como fundamental por el juez de tutela, siempre y cuando se presenten las hipótesis previstas por la jurisprudencia.

La simbiosis entre el Estado Social de Derecho, y el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana (C.P. art. 1º.), impone al juez de tutela el deber de analizar cada situación, pues, en buen número de casos, el atentado contra el derecho a la salud corresponde realmente a una grave agresión contra la integridad física de la persona, con eventuales consecuencias inmediatas para su vida y, algunas veces, con implicaciones para la dignidad de la persona afectada por la falta de atención o la indebida prestación de un servicio.

La jurisprudencia ha elaborado la tesis de los derechos fundamentales por conexidad, según la cual se debe conceder el amparo del derecho a la salud, siempre y cuando esté gravemente amenazado el derecho a la vida, se atente contra la integridad física del accionante o el hecho causante de la petición de tutela signifique atentado contra la dignidad de la persona que actúa como solicitante. Esta Corporación ha tenido oportunidad de referirse a la materia, al explicar en la Sentencia T-530 de 1999 lo siguiente:

“2. El derecho a la salud. Naturaleza Jurídica.

“En principio, el derecho a la salud ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte, con base en la Constitución, como un derecho prestacional, no fundamental por si mismo, comprendido dentro del concepto más amplio de seguridad social y por ello de aplicación no inmediata. En efecto, el artículo 49 superior, referente al tema de la atención de la salud por parte del Estado, se ubica dentro del Capítulo II del Título II de la Carta, relativo a los derechos sociales, económicos y culturales, y no en el Capítulo I del mismo Título, relativo a los derechos fundamentales, que no menciona en ninguno de sus artículos el derecho a la salud. Sin embargo, la salud en referencia a los niños, sí es considerada explícitamente como derecho fundamental por el artículo 44 superior.”

“Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha reiterado esta concepción referente a la naturaleza jurídica del derecho a la salud, dejando sentado que el mismo no es fundamental salvo cuando el titular es un niño o cuando su desconocimiento pone en peligro o genera la violación de derechos de rango fundamental, caso en el cual se torna en fundamental por conexidad.

“De esta manera, los derechos económicos, sociales y culturales, y dentro de ellos el derecho a la salud, en principio son considerados como derechos prestacionales de desarrollo progresivo. La primera connotación hace referencia al hecho de que la efectividad de los mencionados derechos implica un desarrollo legal que indique las condiciones y requisitos que deben estar presentes para poderlos reclamar judicial o extrajudicialmente. Es decir no tiene efectividad directa ni aplicación inmediata, como si la tienen de manera general los derechos fundamentales. En cuanto a la característica de su progresividad, ella significa que los Estados tienen la obligación de extender la cobertura de los servicios mediante los cuales se satisfacen tales derechos, en la medida de su mayor desarrollo económico y social. En este sentido, el Pacto de San José de Costa Rica¹ al considerar como derechos de desarrollo progresivo los llamados derechos económicos, sociales y culturales – entre ellos el derecho a la salud –, categóricamente expresa que respecto de ellos la obligación de los Estados es tratar de ‘lograr progresivamente’, ‘en la medida de los recursos disponibles’, su efectividad.

“Acorde con lo anteriormente expuesto, los preceptos contenidos en los artículos 48 y 49 de la Carta, establecen, en su orden, un ‘derecho irrenunciable a la seguridad social’ y la garantía a todas las personas al ‘acceso a los servicios de promoción, protección y

recuperación de la salud'. Pero, de otra parte, defieren a la ley el señalamiento de 'los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria'.

Cuarta. Reiteración de jurisprudencia - Requisitos para la inaplicación de la normatividad que excluye ciertos medicamentos y tratamientos del P.O.S.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido los requisitos que hacen procedente la inaplicación de la normatividad que excluye ciertos tratamientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud POS2, a fin de permitir la prevalencia del derecho a la salud en conexidad con la vida que se han visto supeditados a consideraciones de tipo económico.

En la sentencia T-1032/013, se dijo que, cuando se demuestran las siguientes circunstancias dentro del proceso, procede la tutela de los derechos invocados:

"1 Que la falta del medicamento o tratamiento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando 'existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga o el tratamiento altera condiciones de existencia digna'⁴;

"2) Que el medicamento, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del Plan Obligatorio de Salud;

"3) Que el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento o del tratamiento respectivo;

"4) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliado el demandante..."⁵

El último de los requisitos contenidos en la regla jurisprudencial expuesta anteriormente es que el medicamento o tratamiento que requiere el usuario del servicio de salud haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad prestadora correspondiente. La Corte define a ese profesional como el "vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico especialista al respectivo paciente"⁶, por lo que se concluye que "de no provenir la prescripción del médico que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS encaminadas a la realización de tratamiento determinado por el

médico particular”

En muchas oportunidades ha señalado la jurisprudencia constitucional⁷, que no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la EPS accionada como ocurre en el caso en estudio. Si el actor, precisó la sentencia T-749 de 2001, decide acudir a un médico diferente a los que están suscritos a la EPS, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.

En el caso concreto estudiado por la Sala, se observa que lo pretendido por la actora es que la EPS accionada autorice la realización de un tratamiento de DIAGNOSTICO GENÉTICO PREINPLANTACION - PGD de selección de embriones e implantación, que ha sido formulado por la Dra. Clara Esteban Pérez del Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad - CECOLFES, pero no se cumple el requisito exigido, consistente en que el médico que prescribe el tratamiento debe estar adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo. Por lo tanto la negativa de la EPS a autorizar, practicar y suministrar procedimientos, tratamiento y medicamentos, estaría plenamente justificada ya que su formulación no provino de médico adscrito a la red de la entidad, por lo cual no se ha configurado por parte de ella violación a los derechos fundamentales de la actora

La Sala concluye que no resulta factible en este caso, acceder al amparo solicitado, no precisamente porque el procedimiento prescrito se encuentre excluido del POS y el derecho invocado no tenga el carácter de fundamental, sino porque el tratamiento que solicita la actora, no fue dispuesto por un médico adscrito a la entidad accionada y ese requisito no se puede pretermitir sin mayores disquisiciones, puesto que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo determinen los facultativos que mantienen una relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede disponer el tratamiento, o prescribir el medicamento.

Finalmente ha de advertirse por la Corte Constitucional, que la negación de la protección solicitada mediante esta acción de tutela, no impide que, si en el futuro se ordena por el médico tratante adscrito a la EPS un tratamiento similar o equivalente al que se solicita por la peticionaria, habrá de resolverse lo pertinente por la EPS y a la mayor brevedad posible conforme a la Constitución y la Jurisprudencia de esta Corporación.

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: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, CONFIRMAR la decisión proferida el treinta (30) de marzo de dos mil cinco (2005) por el Tribunal Superior de Popayán – Sala de Familia, que confirmó el fallo del Juzgado Primero de Familia de Popayán, en la acción de tutela instaurada por la señora Margarita Maria Arboleda Gaeth, contra Seguro Social EPS Seccional Cauca, y mediante la cual se negó la acción de tutela de la referencia.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cf.Art. 26

2 Sentencias T-491 de 1992, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-576 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y T-329 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

3 Eduardo Montealegre Lynett

4 Sentencia T-757 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 Ver sentencias T-884 y T-1032 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

6 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-749/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 SU-480 de 1997 y T-665 de 1997, reiteradas en T-378 de 2000, y recientemente por la T-749 de 2001.