

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Protección constitucional

Todas las personas, sin importar su condición, su edad o su género, son titulares del derecho a gozar del más alto nivel de salud, de modo que no solo su vida biológica sea viable, sino que esta se desarrolle en condiciones de dignidad, y con los medios indispensables para realizar los proyectos de vida propios.

TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Requisitos establecidos por la Corte Constitucional para solicitarlo mediante acción de tutela

En abundantes pronunciamientos esta Corporación ha establecido una línea jurisprudencial en torno a la procedencia de la acción de tutela para ordenar medicamentos y/o tratamientos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud. De este modo, la Corte ha indicado cuatro requisitos que deben ser observados por el juez de tutela al momento de estudiar una solicitud para ordenar un medicamento o tratamiento que no se encuentre dentro del Plan Obligatorio de Salud.

MEDICO TRATANTE-Concepto del médico tratante no adscrito a la EPS resulta vinculante

La Corte ha indicado que el concepto de un médico tratante puede resultar vinculante para una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito “si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS”. la negativa de un servicio médico por parte de una EPS no encuentra justificación constitucional en que dicho servicio fue ordenado por un médico no adscrito a la entidad, pues en estos casos corresponde a la entidad promotora de salud valorar inmediatamente al paciente con los médicos y especialistas que pertenezcan a su planta de profesionales, a fin

de que el concepto del médico ajeno a la entidad sea confirmado, descartado o modificado bajo criterios técnicos y científicos brindados por el personal profesional adscrito a la E.P.S.

DERECHO A LA SALUD-Orden a EPS suministro de tratamiento integral del accionante quien padece malformación del tórax y podrá repetir contra la Secretaría de Salud del Departamento del Valle

Referencia: expediente T- 3232102

Acción de tutela promovida por Gilbert Fabián Pastrana Murcia contra la EMSSANAR EPS-S

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C. siete (7) de diciembre de dos mil once (2011)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santiago de Cali, que resolvió la acción de tutela promovida Gilbert Fabián Pastrana Murcia contra la EMSSANAR EPS-S.

La presente acción de tutela fue escogida para revisión por la Sala de Selección número Diez, mediante Auto del 13 de octubre de 2011 y repartida a la Sala Novena de Revisión de esta Corporación para su decisión.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

El 26 de julio de 2011 el señor Gilbert Fabián Pastrana Murcia promovió acción de tutela contra EMSSANAR EPS, aduciendo la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida digna, atendiendo los siguientes hechos:

1. El señor Gilbert Fabián Pastrana Murcia se encuentra afiliado a la EPS accionada, en calidad de beneficiario del régimen subsidiado en salud.

1. El 4 de abril de 2011, el accionante acudió de forma particular ante el Doctor Román José Zamarriego Puentes, cirujano general y del tórax, quien le diagnosticó pectus excavatum¹.

1. Como consecuencia de lo anterior, el galeno le ordenó el 16 de junio de 2011 un examen de creatinina y un tac de tórax simple y contrastado.

1. Sin embargo, el 12 de julio de 2011 EMSSANAR EPS negó la autorización de los servicios, debido a que no están cubiertos por el POSS.

1. Señala el actor que los exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado, constituyen el único medio efectivo para tener conocimiento de la profundidad de la malformación y así, determinar si es necesario un procedimiento quirúrgico.

1. Manifiesta el accionante que con el paso del tiempo la malformación ha empeorado, por lo cual su estado de salud se ha visto afectado.

1. En virtud de lo anterior, el accionante promovió acción de tutela con el propósito que se ordene a la entidad demandada que autorice y practique los exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado.

2. Respuesta de la entidad accionada

El señor Edwar Augusto Gutiérrez actuando como apoderado de EMSSANAR EPS, mediante escrito del 3 de agosto de 2011, solicitó convocar al Ministerio de Protección Social y a la Secretaría de Salud Departamental del Valle, para que integraran el litis consorcio necesario.

De igual forma señaló que el accionante se encuentra afiliado a la EPS accionada, en calidad de beneficiario del régimen subsidiado en salud y bajo la modalidad de POS-S en el Municipio de Cali.

Con relación al servicio requerido por el actor, establece que no se encuentra dentro de la cobertura del POS-S, por lo que deberá ser atendido directamente por la Secretaría de Salud del Departamento del Valle.

1. Actuación procesal

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Santiago de Cali, en virtud de la solicitud expuesta por la EPS accionada, a través del auto del 3 de agosto de 2011 dispuso ordenar la vinculación del Ministerio de la Protección Social y a la Secretaria de Salud del Departamento del Valle.

1. Respuesta de las entidades vinculadas

1. Respuesta de la Secretaría de Salud del Departamento del Valle

Mediante escrito de fecha 4 de agosto de 2011, la Secretaría de Salud del Departamento del Valle manifestó que para que la Empresa Promotora de Salud atienda los requerimientos del accionante, éste debe haber sido valorado por un médico adscrito a la EPS accionada.

Además, establece que lo solicitado por el actor no se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado y/o contributivo, según el acuerdo 008 del

29 de diciembre de 2009 expedido por la CRES.

De igual forma, señaló que los medicamentos, servicios y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, formulados por un médico adscrito a la EPS que se requiera urgentemente para proteger la vida en condiciones dignas del paciente, deberán ser asumidas por la EMSSANAR EPS y esta entidad tendrá el derecho a repetir los sobrecostos ante el FOSYGA.

1. Respuesta del Ministerio de la Protección Social

A través del escrito del 11 de agosto de 2011, el Ministerio de la Protección Social manifestó que la EPS no le asiste derecho a exigir a la Nación el pago de los procedimientos no POS a través del FOSYGA, ya que esto implicaría una doble financiación con recursos del tesoro nacional y un desequilibrio del sistema de salud, dado que la Ley 715 de 2001 estableció que los recursos para financiar dichos servicios son destinados a las entidades territoriales.

5. Sentencias objeto de revisión

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Santiago de Cali, mediante sentencia del 10 de agosto de 2011 decidió no amparar los derechos invocados por el accionante, al considerar que los exámenes requeridos no fueron ordenados por un profesional adscrito a la EPS accionada y que los mismos se encuentran excluidos del POS.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

1. Problema Jurídico

Conforme a la situación fáctica planteada, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si ante la negativa de EMSSANAR EPS de no autorizar los exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado, ordenados por un médico no adscrito a la EPSS y no incluidos en el POSS, se vulneran los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida digna del señor Gilbert Fabián Pastrana Murcia.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre los siguientes aspectos: (i) protección del derecho fundamental a la salud; (ii) procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS en los casos en que el concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad de salud demandada resulta vinculante. Luego de ello, se realizará el análisis del caso en concreto.

1. La protección constitucional del derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

La Organización Mundial de la Salud ha establecido que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Así mismo, señaló que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”, y a su vez es “considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad”².

La salud también ha sido considerada como derecho fundamental en diferentes instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”³

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”⁴

En el ordenamiento colombiano el derecho a la salud inicialmente no tenía el carácter de

fundamental, pues era considerado esencialmente un derecho prestacional. Sin embargo, podía ser protegido por vía de acción de tutela cuando la vulneración de éste implicaba la de otros derechos de carácter fundamental como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal. Adicionalmente, la Corte señaló que además de tener un grado de conexidad con algunos derechos fundamentales, podía ser protegido y garantizado cuando el accionante era un sujeto de especial protección⁵.

Posteriormente, se estableció por parte de esta Corporación “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”⁶.

Atendiendo a lo anterior, la sentencia T-760 de 2008 que sistematizó la jurisprudencia en materia de salud, enfatiza que:

“La salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que ‘se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida’, ‘sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”⁷.

De este modo, todas las personas, sin importar su condición, su edad o su género, son titulares del derecho a gozar del más alto nivel de salud, de modo que no solo su vida biológica sea viable, sino que esta se desarrolle en condiciones de dignidad, y con los medios indispensables para realizar los proyectos de vida propios.

1. Procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS y los casos en que el concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad de salud demandada resulta vinculante. Reiteración de jurisprudencia

4.1. En abundantes pronunciamientos esta Corporación ha establecido una línea jurisprudencial en torno a la procedencia de la acción de tutela para ordenar medicamentos y/o tratamientos que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud⁸. De este modo, la Corte ha indicado cuatro requisitos que deben ser observados por el juez de tutela al

momento de estudiar una solicitud para ordenar un medicamento o tratamiento que no se encuentre dentro del Plan Obligatorio de Salud:

“1- En primer término, si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS -Plan Obligatorio de Salud-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado.

2- Así mismo, que el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS -Plan Obligatorio de Salud- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente⁹.

3- Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud.

4- Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS -Entidad Promotora de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario¹⁰11.

1. Respecto a este último requisito, esta Corporación ha indicado en reciente jurisprudencia que esta regla no puede ser aplicada de manera estricta y absoluta en todos los casos. De hecho, ha reconocido que por vía de tutela los jueces de amparo deben conceder el requerimiento de un medicamento o tratamiento médico no POS, aun cuando el médico tratante que prescribió el servicio no se encuentre adscrito a la entidad demandada¹².

4.3. En este sentido, la Corte ha indicado que el concepto de un médico tratante puede resultar vinculante para una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito “si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el

concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS”¹³.

1. Por lo anterior, la negativa de un servicio médico por parte de una EPS no encuentra justificación constitucional en que dicho servicio fue ordenado por un médico no adscrito a la entidad, pues en estos casos corresponde a la entidad promotora de salud valorar inmediatamente al paciente con los médicos y especialistas que pertenezcan a su planta de profesionales, a fin de que el concepto del médico ajeno a la entidad sea confirmado, descartado o modificado bajo criterios técnicos y científicos brindados por el personal profesional adscrito a la E.P.S. Si esto no se realiza, el concepto del médico tratante no adscrito a la E.P.S resultará vinculante tanto para ésta como para el juez de tutela.

1. Análisis del caso concreto

5.1. Como ya se mencionó, la Corte ha indicado cuatro requisitos que se deben cumplir para ordenar un medicamento o tratamiento que no se encuentre dentro del Plan Obligatorio de Salud. A continuación la Sala pasará a analizar cada uno de ellos en el caso concreto.

i. “si la falta de tratamiento o medicamento excluidos del POS -Plan Obligatorio de Salud-, amenaza el derecho a la vida o a la integridad personal del interesado”

Si bien es cierto que los exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado no se encuentran incluidos en el POS, la Sala observa que estos constituyen el único medio efectivo para tener conocimiento de la profundidad de la malformación que padece el accionante y la forma de establecer cuál es el procedimiento que se debe seguir. Por tanto, al negarle la práctica de estos procedimientos, la EPS accionada está poniendo en riesgo la vida y la integridad física del actor, a la vez que le está restringiendo el derecho al diagnóstico.

i. “el medicamento o tratamiento no pueda ser sustituido por uno de los incluidos en el POS - Plan Obligatorio de Salud- o cuando, pudiendo hacerlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el paciente necesita para el mejoramiento de su salud, es decir, como lo ha señalado esta Corporación, ‘siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente”.

De las pruebas obrantes en el proceso se desprende que los exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado, son los procedimientos necesarios para tener claridad de la patología del accionante y determinar así cuál es el procedimiento que se debe seguir, razón por la cual no pueda ser sustituido por otro procedimiento.

i. “incapacidad económica del paciente de sufragar los gastos del tratamiento o medicamento que requiere y su inhabilidad de acceder a él por algún otro sistema o plan de salud”.

Se encuentra probada la incapacidad económica del actor para sufragar los gastos de los procedimientos, ya que así lo manifestó en el escrito de la acción de tutela, pertenece al régimen subsidiado y además, no fue controvertido por ninguna de las entidades accionadas.

i. “es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS -Entidad Promotora de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario”.

En lo que tiene que ver con que los exámenes requeridos por el accionante, en cuanto a estos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la EPS accionada, la Sala Advierte que dichos procedimientos no fueron ordenados por un médico adscrito a EMSSANAR EPS. Sin embargo, el dictamen de dicho médico resulta vinculante para la entidad accionada, ya que el concepto no fue descartado o modificado bajo criterios técnicos y científicos brindados por el personal profesional adscrito a la E.P.S. De igual forma, la Sala encuentra que Doctor Román José Zamarriego Puentes, médico al que acudió de forma particular el accionante,

goza de todas las calidades profesionales idóneas para haber emitido ese dictamen, debido a la especialidad de la medicina que ejerce (cirujano general y del tórax), y el hecho de que ha venido tratando de tiempo atrás la malformación del actor, razón por la cual es claro que conoce del origen y la evolución de su padecimiento y que su prescripción obedece a criterios científicos.

1. Como se puede apreciar, en el presente caso EMSSANAR EPS vulneró los derechos fundamentales a la vida, la integridad personal y la salud del señor Gilbert Fabián Pastrana Murcia. Asimismo, se observa que se cumple con todos los requisitos jurisprudenciales para que esta Corporación ordene a la EPS accionada la práctica de los exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado, que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, y a favor del accionante.

1. Es importante aclarar que como EMSSANAR EPS ocupa el lugar del Estado en la prestación del servicio público en salud, esta deberá realizar los procedimientos requeridos por el accionante¹⁴

1. Por lo tanto, esta Sala Ordenará a EMSSANAR EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, practique los exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado al señor Gilbert Fabián Pastrana Murcia.

1. Ahora bien, teniendo en cuenta que la malformación que padece el accionante puede requerir de medicamentos, tratamientos, suministros, procedimiento quirúrgicos o de otra naturaleza, que no estén contemplados en el POS, se hace necesario ordenar a la entidad accionada que garantice una atención integral en salud. En otras palabras, la EPS accionada tendrá la obligación de suministrar todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos, intervenciones y hospitalizaciones que sean necesarios, así estén excluidos del POS-S o se encuentren contemplados en él. Lo anterior con el fin que evitar que el señor Gilbert Fabián

Pastrana Murcia tenga que acudir nuevamente a la acción de tutela para la protección de sus derechos.

1. Por último, la Sala con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación¹⁵, reconoce el derecho a la entidad accionada de repetir contra la Secretaría de Salud del Departamento del Valle por los sobrecostos en que incurra por la práctica del exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado, como también de los que se deriven del tratamiento integral que no estén incluidos en el POS-S.

1. Por tanto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, ordenará revocar la sentencia del 10 de agosto de 2011 del Juzgado Quinto Civil Municipal de Santiago de Cali, y en su lugar ordenará la protección de los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida digna del señor Gilbert Fabián Pastrana Murcia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 10 de agosto de 2011 del Juzgado Quinto Civil Municipal de Santiago de Cali, y en su lugar CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida digna del señor Gilbert Fabián Pastrana Murcia.

SEGUNDO.- ORDENAR a EMSSANAR EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, practique los exámenes de creatinina y tac de tórax simple y contrastado al señor Gilbert Fabián Pastrana Murcia.

TERCERO.- ORDENAR a EMSSANAR EPS que suministre a Gilbert Fabián Pastrana Murcia todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos, intervenciones y hospitalizaciones que sean necesarios, así estén excluidos del POS.

CUARTO.- Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “El pectus excavatum es una formación anómala de la caja torácica que le da al pecho una apariencia derrumbado o hundido. Es causada por un crecimiento excesivo del tejido conectivo que une las costillas al esternón. Esto hace que el esternón malforme hacia el interior. Presenta clásicamente una depresión en el centro del pecho sobre el esternón, y esto puede parecer bastante profunda. Si el padecimiento es severo, puede afectar el corazón y los pulmones, haciendo difícil ejercicio. Además, el aspecto del pecho puede provocar dificultades psicológicas. El pectus excavatum suele aparecer por sí solo sin antecedentes familiares u otros defectos o problemas”.
<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/003320.htm>

2 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, parte preliminar.

3 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25 y Corte Constitucional, Sentencia T-1182 del 2 de diciembre de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 12 y Corte Constitucional, Sentencia T-1182 de 2008, entre otras.

5 Sentencia T-050 de 2010

6 Sentencia T-760 de 2008

7 T-760/08.

8 Ver sentencias T-236 de 1998, T-547 de 2002, T-883 de 2003, T- 349 de 2006, T-438 de 2009, entre muchas otras.

10 Sentencia T-1213 de 2004.

11 Sentencia T 438de 09.

12 Ver Sentencias T-760 de 2008, T 438 de 2009 y T-435 de 2010.

13 Sentencia T-760/08.

14 T-506 de 2007, T-760 de 2008, entre otras.

15 T-760 de 2008