

Sentencia T-945/04

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA VIDA-Comprende la subsistencia en condiciones dignas

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

DERECHO A LA SALUD-Medicamento prescrito no está aprobado en Colombia/DERECHO A LA SALUD-Nueva remisión al especialista para que se prescriba otro tratamiento

El medicamento, tal y como fue prescrito por el médico tratante de la accionante, es decir, como principio activo para el tratamiento de la cistitis crónica, no está aprobado en Colombia para su expendio y comercialización. Por esta razón, la decisión de esta Sala de Revisión no puede ser la de ordenar la entrega del mencionado medicamento ya que con ello no se asegura una protección efectiva de los derechos afectados. Por el contrario, el fallo adoptado por esta Corporación será el de conceder el amparo de los derechos invocados en esta acción de tutela, en el sentido de ordenar a la entidad accionada remitir a la señora nuevamente a valoración por parte de un especialista en urología, con el fin de que éste le prescriba el tratamiento pertinente y adecuado para controlar la enfermedad que padece; tratamiento que debe ser suministrado por SaludCoop EPS, la cual podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo y en el porcentaje que no le corresponda cubrir.

Referencia: expediente T-919663

Accionante: Migdalia Toledo Arias

Demandado: SaludCoop E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., primero (1) de octubre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil – Presidente -, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Único Penal Municipal de Gigante -Huila-, dentro de la acción de tutela instaurada por Migdalia Toledo Arias contra SaludCoop EPS.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Migdalia Toledo Arias, interpuso acción de tutela contra SaludCoop EPS, por considerar vulnerados los derechos a la vida, a la salud, y a la seguridad social en razón a que la entidad accionada se niega a autorizarle el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O. que la accionante requiere.

1. Los hechos

2.1 Manifiesta la peticionaria que el 7 de noviembre de 2002, se afilió a SaludCoop EPS. en calidad de cotizante.

1. Expresa que desde hace tres (3) años sufre de infecciones urinarias, las cuales han venido degenerando en cistitis crónica toda vez que su organismo se ha vuelto resistente a los antibióticos prescritos para tratar su enfermedad.

1. Aduce la accionante que al no encontrar mejoría en su salud, en el mes de marzo de 2004, acudió el especialista en urología con el fin de encontrar solución a la enfermedad que padece.

1. Adicionalmente manifiesta que fue atendida por el urólogo Javier Osorio Manrique, adscrito a SaludCoop E.P.S., quien le prescribió el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O. el cual debe ser suministrado una vez a la semana durante cuatro semanas.

1. Sin embargo, la mencionada medicina se encuentra fuera del POS y sólo es posible acceder a ella a través de la Clínica Uros Ltda., adscrita a SaludCoop E.P.S., que es la única entidad que la comercializa, a razón de \$150.000 por ampolla. Por esta razón la accionante acudió a su E.P.S. con el fin de solicitar la cobertura del medicamento el cual fue negado.

2.6 Expresa la señora Migdalia Toledo, que sus ingresos ascienden al salario mínimo legal mensual, de los cuales depende su propia manutención y con los que colabora económicamente a sus padres, con quienes vive.

I. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

* A folio 6 y 7 del expediente, fotocopia simple de la solicitud y justificación para medicamento no POS.

* A folio 8 del expediente, fotocopia simple de la historia clínica de la accionante, entre el 8 de agosto de 2003 y el 9 de marzo de 2004, firmada por el urólogo Javier Osorio Manrique.

* A folio 9 de expediente, fotocopia simple del diagnóstico médico expedido por el doctor Javier Osorio Manrique.

* A folio 10 del expediente, fotocopia simple del formato de negación de servicios de salud

expedido por SaludCoop EPS.

* A folio 11 del expediente, fotocopia simple del carné de afiliación de la accionante

* A folio 12 del expediente, fotocopia simple de la cedula de ciudadanía de la señora Migdalia Toledo Arias.

* A folio 14 del expediente, diligencia de ampliación de la acción de tutela rendida por la señora Migdalia Toledo Arias ante el Juzgado Único Penal Municipal de Gigante, el 14 de abril de 2004.

* A folio 32 del expediente, comunicado emitido por el Ministerio de la Protección Social, informando que el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O. no se encontró en las normas farmacológicas, lo que significa que su indicación no esta aprobada en el país.

I. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

Mediante escrito recibido el día 25 de abril de 2004 en el Juzgado Único Penal Municipal de Gigante -Huila-, el Gerente Regional de SaludCoop E.P.S. Huila, intervino en el proceso expresando que la acción de tutela instaurada por la señora Migdalia Toledo Arias es improcedente, toda vez que con sus acciones, la entidad accionada no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

En este mismo sentido, manifiesta que la tutela no es la acción idónea para hacer valer las pretensiones que la accionante invoca, toda vez que existen mecanismos eficaces dentro de la vía judicial ordinaria para proteger los mencionados derechos.

Por otra parte, aduce la E.P.S. SaluCoop, que el medicamento que la accionante requiere para su tratamiento, no se encuentra incluido dentro del POS, es decir que se encuentra dentro de las exclusiones y limitaciones contenidas en el artículo 10 del decreto 806 de 1998 por lo que "... será el estado por su omisión, el llamado a suministrarla, a través del Ministerio de Salud, Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA".

Así, teniendo en cuenta las reglas establecidas por la Corte Constitucional para inaplicar la legislación que regula las mencionadas exclusiones y limitaciones del POS, en especial aquella que se refiere a que el medicamento debe ser prescrito por el médico tratante adscrito a la E.P.S., SaludCoop expresó: "... la legislación ha previsto un mecanismo al que puede recurrir el afiliado, a través de la solicitud de conformación de un Comité Técnico Científico, el cual evaluará las condiciones propias de cada caso y según la pertinencia ordenará el cubrimiento del medicamento, o prestación, siempre y cuando exista un riesgo inminente para la vida y salud, se hayan agotado las posibilidades terapéuticas sin obtener respuesta clínica satisfactoria y se encuentre debidamente autorizado para su comercialización y expendio en el país y se tenga seguridad sobre la incapacidad económica del afiliado para asumir su costo."

Por otra parte, afirma la entidad accionada que es el Estado, por medio de la celebración de convenios con las IPS, quien debe proveer los recursos necesarios para la atención de tratamientos y medicamentos no incluidos en el POS y por lo tanto "... no puede llegarse al extremo de que las Entidades Promotoras de Salud cumplan con las obligaciones que legalmente le compete cumplir al Estado, a través del Ministerio de Salud, o de la Superintendencia Nacional de Salud o del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA".

IV. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

En primera instancia, el Juzgado Único Penal Municipal de Gigante -Huila-, mediante sentencia de abril 26 de 2004, negó la acción de tutela, por considerar que el derecho a la vida de la accionante no se está viendo afectada y que la misma no se encuentra bajo un riesgo inminente, como se evidencia a folio 7 del expediente, según lo expresado por el médico tratante.

Expresa igualmente el A-quo que la falta de los medicamentos solicitados por la accionante a la entidad demandada, "...no amenaza los derechos fundamentales a la vida o a la integridad

personal de la interesada, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos”.

Para el despacho, en las pruebas obrantes en el expediente, se incluyó el carné de afiliación de la demandante a la EPS. SaludCoop, siendo cotizante en el Nivel 1, lo cual indica que la solicitante tiene capacidad de pago, aun cuando devenga el salario mínimo.

Finalmente, aclara el juzgado que la acción de tutela resulta improcedente, pues además, aun cuando la enfermedad que la accionante padece genera incomodidad y dificultad, esto no puede llevar al juez de tutela a constituir la como peligro o riesgo para su vida sin contar con evidencia contundente.

No obstante lo anterior, sostuvo el fallo que la improcedencia de la acción de tutela, no implica que la accionante no pueda oficiar al Comité Técnico Científico de la entidad accionada o que pueda dirigirse a la Secretaría de Salud Departamental, con el fin de obtener la orden de entrega del medicamento que requiere.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

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

2. Problema Jurídico.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si, los derechos a la vida, la salud y la seguridad social, invocados por la señora Migdalia Toledo Arias, fueron vulnerados por la entidad accionada, al negar el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O. prescrito por su médico tratante, argumentando que el mismo se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud.

1. El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección por vía de la Acción de Tutela

En forma reiterada, la Corte Constitucional se ha referido a la salud, señalando que, por regla general, es un derecho de carácter prestacional, y excepcionalmente, un derecho fundamental por conexidad. Los derechos fundamentales por conexidad, son aquellos que no ostentan esa condición per se, pero que la adquieren en aquellos casos en los que, si no se protegen de manera inmediata, su afectación o amenaza se vería proyectada en los derechos fundamentales.

Así, el derecho a la salud no es un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños. No obstante, cuando en situaciones debidamente analizadas por el juez, éste derecho se encuentra vinculado directamente con un derecho fundamental como la vida y la integridad personal, obtiene ese carácter de manera inmediata.

Por otra parte, ha precisado la jurisprudencia constitucional, que el concepto de vida no se refiere única y exclusivamente a la protección cuando esté seriamente comprometida una función orgánica en forma definitiva, o contra el peligro de muerte. Por el contrario, el derecho a la vida comprende la subsistencia en condiciones dignas, permitiéndole a su titular alcanzar un estado de salud lo más lejano posible al sufrimiento y al dolor, pues al hombre se le debe el respeto a la integridad física y una vida saludable en la medida que sea posible.

Es por esto que la Constitución Política, protege a las personas contra las acciones u omisiones de autoridades o particulares que pongan en grave peligro su vida, es decir, que de una u otra forma puedan afectar no solo la existencia humana sino también la subsistencia sin importar el grado de afectación a ésta última.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho a la salud es, en principio, un derecho prestacional, el Consejo Nacional en Salud, basándose en los presupuestos contenidos en la Ley 100 de 1993, se ha ocupado de regular tanto los servicios que deben prestar las EPS dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS- a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social dentro del régimen contributivo, como también las limitaciones y exclusiones a tales servicios. Éstas últimas, se encuentran reglamentadas en el artículo 10 del Decreto 806 de 1998, como "... todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral, que no tengan como objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento

y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos o suntuarios, o sean resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos”.

Frente a este tema, la jurisprudencia Constitucional, en virtud de la supremacía de la Constitución Política, ha venido inaplicando las disposiciones que excluyen el reconocimiento de ciertos tratamientos, procedimientos clínicos o medicamentos, para ordenar que sean suministrados, cuando éstos han sido prescritos a los usuarios del servicio como única garantía para lograr el restablecimiento de la salud y, por tanto, para asegurarles las subsistencia en condiciones dignas. De esta manera, “se busca evitar que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas”².

Así pues, considerando que la acción de tutela ha sido instituida para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales, esta Corporación ha establecido las reglas que permiten determinar la procedibilidad de la misma para proteger el derecho a la salud, es decir, en aquellos eventos en los que, con su desconocimiento se amenace también uno o varios derechos que tengan la condición jus fundamental; a saber:

1- En primera instancia, es necesario establecer 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, “pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos”³.

1. Así mismo, se debe determinar 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 paciente”⁴.

1. Adicionalmente, se debe comprobar la real incapacidad 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.

1. Finalmente, es necesario que el medicamento o el tratamiento requerido por el accionante, haya sido prescrito por un medico adscrito a la EPS -Empresa Promotora de Salud-, a la cual se encuentre afiliado el peticionario.

4. Caso Concreto

Aplicando las reglas jurisprudenciales referidas en la presente acción de tutela, y teniendo en cuenta los argumentos expuestos por las partes y las pruebas que rezan en el expediente, las conclusiones que se obtienen son las siguientes:

1. Según el diagnóstico realizado por parte del médico tratante, doctor Javier Osorio Manrique, la demandante en este proceso, padece de cistitis crónica, para cuyo tratamiento le fue prescrito el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O. el cual debe ser suministrado una vez a la semana durante cuatro semanas.

1. Según su historia clínica y lo expresado por la accionante, la señora Migdalia Toledo se ha sometido a varios tratamientos médicos con el fin de tratar su enfermedad. Sin embargo, ninguno de ellos ha surtido efecto, y su organismo ha generado resistencia a los antibióticos anteriormente prescritos. Por tal razón, su médico tratante le ordenó el suministro del medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O., como última alternativa para tratar la dolencia que la accionante padece.

1. Respecto a la situación económica de la señora Migdalia Toledo Arias, la cual no fue desmentida ni controvertida por la entidad accionada, se advierte que la misma es precaria,

pues es una persona de escasos recursos, cuyos ingresos ascienden al salario mínimo mensual, destinados a su propia manutención y, en un porcentaje menor, a la de sus padres con quienes convive. En ese sentido, considerando que la medicina prescrita para tratar la enfermedad que la accionante padece -DIMETIL SULFOXIDO D.M.S.O.- tiene un costo aproximado de \$150.000 pesos cada ampolla y que debe tomar una semanalmente durante cuatro semanas, se puede inferir que la actora no está en condiciones de sufragar su costo, ni puede acceder a él por otro medio alternativo.

Así pues, en contraposición a lo expuesto por el juez de primera instancia, quien expresó: "... siendo cotizante en el nivel UNO (1), indicándonos claramente que la solicitante tiene capacidad de pago, aun cuando devenga el salario mínimo, y no obstante aporte parcialmente a sus padres, carece de mayores obligaciones"⁵, considera esta Sala que, está acreditado en el proceso que la demandante carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de la medicina prescrita o cualquier otro procedimiento que ésta requiera para el restablecimiento de sus salud.

1. Finalmente, está plenamente demostrado en el proceso, que el facultativo de la actora, se encuentra adscrito a SaludCoop EPS, entidad a la que se encuentra afiliada la accionante y que es demandada dentro de la presente causa.

1. Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso, se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida y la salud de la accionante Migdalia Toledo Arias.

En consecuencia, una primera aproximación a la medida que debía adoptar el juez constitucional en aras de lograr la plena protección de los derechos invocados, sería ordenarle a la entidad accionada -SaludCoop EPS- el suministro del medicamento prescrito por su médico tratante. No obstante, algunos elementos de juicio que fueron incorporados al expediente de tutela en las diferentes instancias y en sede de revisión, llevan a la Corte a hacer algunas precisiones.

5. Aclaración de la decisión proferida en el presente fallo.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y a las cuales se ha hecho referencia, se tiene que para contrarrestar la enfermedad de cistitis crónica que padece la accionante, su médico tratante le prescribió la droga DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O., clasificada en la solicitud y justificación médica para medicamentos no POS, como principio activo.

En oficio recibido por el Juzgado Único Penal Municipal de Gigante -Huila- el 27 de abril de 2004, el Ministerio de la Protección Social, por medio de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo, comunicó al mencionado despacho que "... efectuadas las averiguaciones pertinentes (...) el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O. no se encontró en las normas farmacológicas, por lo tanto su indicación no estaría aprobada en el país"⁶.

Conforme con dicha afirmación, esta Corporación, mediante Auto del diecisiete (17) de agosto de 2004, le solicitó al INVIMA que informara si el expendio y venta en el país del medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O. está autorizado por esta entidad.

La respuesta del Instituto Nacional de vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- fue recibida por este despacho el 1 de Septiembre de 2004, en el cual la subdirectora de Registros Sanitarios, respecto a este tema expresó que el medicamento en cuestión se encuentra autorizado en Colombia como excipiente, pero no como principio activo, en los siguientes productos:

* "VIROBIS LOCIÓN, Registro Sanitario M-014932, cuyo titular el LABORATORIOS CALIFORNIA S.A., indicado para el tratamiento de las infecciones causadas por el virus herpes simples en pacientes inmunocomprometidos.

* VICLOVIR T, Registro Sanitario INVIMA M-002705, cuyo titular es LABORATORIOS LUTECIA DE COLOMBIA S.A., indicado para el tratamiento de las infecciones causadas por el virus herpes simples en pacientes inmunocomprometidos.

* IDOXURIDINA, Registro Sanitario INVIMA M-001883, cuyo titular es LABORATORIOS SÍNTESIS LTDA. Y CIA., indicado para el tratamiento de herpes simple y herpes zoster.

* EPITEN SOLUCION, Registro Sanitario INVIMA M-005028-R1, cuyo titular es GRUPO FARMA DE COLOMBIA S.A., indicado para el tratamiento de herpes simple y herpes zoster.

* EPITEN SOLUCION, Registro Sanitario INVIMA M-011736, cuyo titular es GRUPO FARMA DE COLOMBIA S.A., indicado para el tratamiento de herpes simple y herpes zoster".⁷

Adicionalmente, la Subdirectora de Registros Sanitarios del INVIMA, aclaró la diferencia entre un excipiente y un principio activo de la siguiente manera:

" ... el primero es aquel compuesto o mezcla de compuestos que en las concentraciones presentes en una forma farmacéutica, no presenta actividad farmacológica significativa. El excipiente sirve para dar forma, tamaño y volumen a un producto y para comunicarle estabilidad biodisponibilidad, aceptabilidad y facilidad de administración de uno o más principios activos. (...) mientras que un principio activo es un compuesto o mezcla de compuestos que tiene una acción farmacológica"⁸.

Así pues, de la comunicación allegada por el INVIMA, se concluye que el medicamento DIMETIL SULFÓXIDO D.M.S.O., tal y como fue prescrito por el médico tratante de la accionante, es decir, como principio activo para el tratamiento de la cistitis crónica, no está aprobado en Colombia para su expendio y comercialización. Como puede extraerse de la comunicación citada, el mencionado medicamento se encuentra autorizado únicamente como excipiente, para el tratamiento del herpes simple y el herpes zoster y las infecciones causadas por este virus.

Por esta razón, la decisión de esta Sala de Revisión no puede ser la de ordenar la entrega del mencionado medicamento ya que con ello no se asegura una protección efectiva de los derechos afectados. Por el contrario, el fallo adoptado por esta Corporación será el de

conceder el amparo de los derechos invocados en esta acción de tutela, en el sentido de ordenar a la entidad accionada remitir a la señora Migdalia Toledo Arias nuevamente a valoración por parte de un especialista en urología, con el fin de que éste le prescriba el tratamiento pertinente y adecuado para controlar la enfermedad que padece; tratamiento que debe ser suministrado por SaludCoop EPS, la cual podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo y en el porcentaje que no le corresponda cubrir.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REANUDAR los términos dentro del proceso de tutela de la referencia (expediente T-919.663), los cuales fueron suspendidos por orden de esta Sala Quinta de Revisión, mediante Auto del 17 de agosto de 2004.

Segundo. REVOCAR la sentencia de abril veintiséis de 2004 proferida por el Juzgado Único Penal Municipal de Gigante -Huila- por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora Migdalia Toledo Arias.

Tercero. ORDENAR a SaludCoop EPS que, dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, autorice la valoración de la señora Migdalia Toledo Arias por un médico especialista en urología y posteriormente suministre a su costa el tratamiento prescrito.

Cuarto. SEÑALAR que SaludCoop EPS, podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo y en el porcentaje que no le corresponda cubrir. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará y luego, dará cumplimiento a la obligación reconocida.

Quinto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

- 1 Visible a folio 23.
- 2 Sentencias T-114 de 1997, T-640 de 1997 y T-784 de 1998
- 3 Sentencia T-406 de 2001.
- 4 Ibidem.
- 5 Visible a folio 29.
- 6 Visible a folio 32.
- 7 Visible a folio 18 del cuaderno número 2 del expediente de tutela.