

A. TUTELA: 2002 00230 00
Accionante: M. J.J
Accionado: COOMEVA E.P.S.

Nota del ACNUR: Al beneficiario de la presente acción de tutela le fue formalmente reconocida la condición de refugiado.

JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil dos (2002)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la acción de tutela instaurada por el señor M.J.J. contra la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. COOMEVA, por violación al derecho a la salud en conexidad con el fundamental a la vida.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Se contrae a la actitud negativa asumida por la E.P.S. COOMEVA en expedirle la autorización para la práctica de los exámenes de carga viral, ordenados al señor M.J.J por el médico tratante, necesarios para iniciar el tratamiento del VIH POSITIVO diagnosticado desde 1999.

Fundamenta la protección solicitada en abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, que transcribe, estimando que sus escasos recursos económicos le impiden cancelar el valor del examen y que la responsabilidad la tiene COOMEVA porque es la responsable de garantizarle el servicio de salud, máxime que ha cotizado más de 100 semanas, solicitando en consecuencia la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad humana, disponiéndose que la accionada asuma la totalidad de los costos que demanda el examen requerido, autorizando su práctica dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, además de suministrarle de manera permanente y hasta que las circunstancias así lo ameriten los procedimientos y medicamentos que determine el médico, tratante, y que la E.P.S repita el costo adicional al FOSYGA.

Aporta fotocopias (de comprobantes de pago, carnés expedidos a la afiliada R.L.J. y al accionante, de la cédula de ciudadanía de éste, formato de negación de servicios justificada en que "no se encuentra incluido en la resolución número 5261 de agosto 5 de 1994", orden del médico tratante doctor J.M.G. y constancia expedida por el mismo (Fis. 13-17).

III. INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA

El doctor M.Z.P., en calidad de representante legal de COOMEVA EPS S.A., con base en las pretensiones del accionante, informa que al paciente se le ha proporcionado en forma integral el tratamiento correspondiente a su patología, de conformidad con los parámetros establecidos en la Resolución 5261 de 1994, recibiendo "en forma integral atención a su problema de salud", como así lo reconoce en su escrito, sin que ninguna acción de tipo médico se le haya dejado de prestar, peticionando no amparar los derechos fundamentales señalados como violados o puestos en peligro inminente de violación.

Respecto de los exámenes de carga viral, indica que no están contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud, denegando su práctica, no por capricho, "sino amparado en las normas legales que contemplan el suministro de estas pruebas dentro del Manual de Actividades, procedimientos e Intervenciones", adoptado por el Acuerdo 83 de 1996 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, demandando en el evento que se llegaren a autorizar, en la sentencia se establezca el derecho que le asiste a la entidad de recobrar lo pertinente al FOSYGA, expidiendo copia auténtica de la respectiva providencia.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Primera. -De la acción de tutela

En estricto derecho, es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos y libertades constitucionales fundamentales, cuando en el caso concreto de una persona, por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados por la ley, tales derechos resulten amenazados o vulnerados sin que exista otro medio de defensa judicial o, existiendo éste, si la tutela es utilizada como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable. Para el caso de derechos como la salud o la seguridad social, que pretende el actor le sean amparados, será procedente la tutela cuando estén en conexidad con un derecho fundamental, como el de la vida o la integridad física, y siempre y cuando no se trate de resolver cuestiones contractuales, pues para ello existen otros medios de protección¹.

Segunda. - Del caso concreto

En el sub exámine, el objeto de la acción incoada no es otro que la búsqueda de protección del derecho a la salud del señor M.J.J. a través de una orden concreta a la entidad encargada de la seguridad social a la que éste se encuentra afiliado en condición de beneficiarlo y como tal sujeto activo de la seguridad social en salud, para que le sea autorizada la práctica de los exámenes de carga viral, ordenados por el médico tratante en razón del VIH POSITIVO diagnosticado desde 1999.

Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección Inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida, que puede entenderse como un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino consolidado como un concepto mas amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetarla situación "existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad", ya que "al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable", en la medida en que sea posible, reiterando que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico, supeditando la protección del

¹ Sentencia SU -039 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara

derecho a la salud a consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.

Lo anterior permite concluir la necesidad de tutelar el derecho a la salud cuando exista el conocimiento claro y seguro respecto de la vulneración o amenaza de derechos constitucionales con carácter fundamental, en cualquier grado, y no solamente cuando la vulneración o amenaza de tales derechos sea muy grave, pues "... sería tanto como esperar a que un enfermo demuestre que está al borde de la muerte para que el juez de tutela tome cartas en el asunto, cuando lo natural y obvio dentro del campo de la medicina es evitar llegar a tan terrible estado"², aunado que la noción de "vida" protegida constitucionalmente va más allá del mero funcionamiento fisiológico del organismo.

Siguiendo distintos lineamientos jurisprudenciales, "la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos³. Empero, en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, 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 personas⁴, sin que por regla general proceda inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarlas sobre la materia, pues éstas deben conllevar vulneración de derechos constitucionales fundamentales, requiriéndose que la falta de los medicamentos o tratamientos excluidos por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, en la medida que 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"⁵.

Las exclusiones del POS como argumento para negar la prestación del servicio solicitado:

Respecto de la manifestación de la EPS COOMEVA en el sentido de que.... los exámenes ordenados están excluidos del plan obligatorio de salud, la Corte Constitucional en sentencia SU-819 de 1999⁶, reiteró que lo que en principio no está cubierto por el POS, bien por no reunirse el número mínimo de semanas de cotización, o por tratarse de una actividad, procedimiento, intervención o medicamento que se encuentre excluido del POS, debe asumirlo el usuario o afiliado en los términos señalados. Empero, si la persona acredita, mediante un balance certificado por contador, o a través de la declaración de renta o del certificado de ingresos, no poder asumir el pago de aquellas prestaciones que no estén cubiertas por el POS a título de copago por falta de recursos, deberán ser atendidos él o sus beneficiarios por las instituciones públicas prestadoras de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato, las cuales tendrán derecho a cobrar una cuota de recuperación, de acuerdo a las normas vigentes.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, reiterada en sentencias T-344 del 9 Mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y T-676 de agosto 21 de 2002,

² Idem

³ Ver, entre otras,

⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-114/97; T-640/97 y T-784/98.

⁵ Citadas en la T-344 del 20 de Marzo de 2001, M.P. Jaime Araujo Noquera.

⁶ M.P. Alvaro Tafur Galvis

Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Renteria, son presupuestos necesarios para la prestación de un tratamiento o procedimiento excluido del POS, los siguientes⁷:

- La falta del tratamiento o medicamento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la Integridad física de quien los requiere.
- Ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización.
- El interesado no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie.
- El procedimiento médico haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.
- El accionante no pueda cubrir el porcentaje que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y dicha imposibilidad es demostrada en el proceso.

Significa lo indicado que lo que debe verificar el juez de tutela para efecto de aplicar ese precedente jurisprudencial, es establecer si realmente el aquí beneficiario necesita el medicamento o procedimiento solicitado, o lo que es lo mismo, si realmente están comprometidos los derechos fundamentales a la vida y a la salud. La urgencia con la que se requiere el servicio, aunada a la imposibilidad de costearlo.

En el asunto objeto de análisis, aparece acreditado debidamente que el señor M.J.J. se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la E.P.S. COOMEVA, en calidad de beneficiario de su esposa R.L.J., desde el 10 de mayo de 1997, quien, según la constancia suscrita por el doctor J.M.G., está siendo tratado por él "en el Servicio de Infectología de la FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ, desde el 20 de noviembre de 2002, con historia de VHI POSITIVO desde el año 1999" (FI. 17), debiendo iniciar lo antes posible tratamiento para dicha enfermedad y es Imperativo el control mediante Cargas Virales y conteo de linfocitos (CD4/CD8) por lo menos dos veces al año para continuar evaluando su condición inmunológica", estando a la espera de "los resultados de dichos exámenes para Iniciar su medicación y muy probablemente vivirá varios lustros mientras continúe en un control médico especializado" (negritas fuera del texto).

La necesidad y urgencia de los exámenes se confirma con la información aportada por el médico tratante, mediante oficio recibido en la fecha (FI. 28) en el que se puntualiza lo siguiente:

"1. Esta enfermedad causada por el retrovirus VIH es una enfermedad Incurable y progresiva caracterizada por el detrimento del sistema inmune y, aunque Inicialmente el paciente no presente signos obvios de enfermedad Ineludiblemente su condición general y su vida están a riesgo por la adquisición de gérmenes oportunistas que lo llevarán a la muerte.

2. Es de vital importancia el obtener cargas virales y control de linfocitos CD4 entre dos y cuatro veces anuales para medir la respuesta del sistema Inmune a los medicamentos prescritos

3. Las medicinas elegidas son de difícil manejo y posiblemente requerirá de tres componentes diferentes los cuales nunca deben ser suspendidos a menos que así lo indique el med. Especial a su cargo. Eventualmente si hay Intolerancia a uno de ellos se puede sustituir previo concepto

⁷ Ver, entre otras sentencias SU-480 de 1998, T-691 de 1998, citadas en la T-523 de Mayo 18 de 2001.++

especializado. Una vez obtenga los laboratorios obtenidos indicaré exactamente las medicinas a tomar".

La precedente Información es soporte de la protección del mínimo vital que, pese a lo sostenido por la accionada, evidentemente se encuentra en peligro, imperando por ende la Intervención del juez constitucional, pues ese mínimo vital supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana, y un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu.

Por otra parte, es claro que el señor M.J.J., con las obligaciones familiares que soporta, cubiertas únicamente por el salario devengado por su esposa, reportado en los comprobantes de pago en \$286.000 (FI. 13), no puede costear directamente los exámenes ordenados, en las frecuencias requeridas para medir la respuesta del sistema Inmune, sin que tampoco pueda acceder a los mismos por otro plan distinto que lo beneficie, debiendo sin duda alguna... aplicarse aquí el principio de la buena fe que impulsa a las entidades públicas a confiar en las afirmaciones de los ciudadanos, cobrando mayor crédito cuando, en primer lugar, no fueron controvertidas por la accionada, y en segundo, la misma realidad presentada en el contexto de la demanda y la declaración rendida por el accionante, constituyen razones prácticas para tenerlas como pruebas dentro del proceso.

En este sentido, no debe olvidarse, como lo sostuvo la Corte Constitucional, que en la determinación de la capacidad para cancelar las actividades, intervenciones, procedimientos o medicamentos que estén por fuera del POS, "se deberá tener cuenta aquella parte de los ingresos que se pueden tomar del flujo de Ingresos mensuales del usuario, sin menoscabar aquellos destinados a vivienda, educación, seguridad social (aportes para salud y pensiones), y demás elementos que permitan asegurar una subsistencia digna, como la alimentación y el vestuario"⁸.

Así las cosas, ante la configuración de todos los requisitos jurisprudencialmente exigidos para acceder a la prestación de servicios de salud excluidos del POS, la posición de la accionada relacionada con que ninguna acción de tipo médico se ha dejado de prestar, no encuentra eco en la definición del sub júdice, resultando contrario sensu procedente el amparo Invocado. En consecuencia, se TUTELARA el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas en favor del señor M.J.J., DISPONIENDO que la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. COOMEVA, en un término que no podrá exceder de CINCO (5) DIAS CALENDARIO siguientes a la notificación de esta sentencia, AUTORICE EL CUBRIMIENTO TOTAL del cargo económico derivado de la práctica de los EXAMENES DE CARGA VIRAL ordenados por el médico tratante, con la frecuencia requerida, suministrándole los demás medicamentos, laboratorios y controles necesarios prescritos y que se prescriban en el futuro para el diagnóstico de la enfermedad que padece y que se encuentren excluidos del catálogo oficialmente aprobado, máxime que los estudios han reportado que la infección por VIH, es una patología evolutiva y mortal, sin curación conocida actualmente, generándose en las personas afectadas un deterioro progresivo de su estado inmunitario y/o cánceres asociados que agravan el estado de salud, surgiendo aquí, con absoluta nitidez, que la situación fáctica planteada comporta una vinculación evidente con el derecho a la vida, susceptible de protegerse a través del mecanismo excepcional de amparo, pues indefectiblemente se encuentra amenazado su derecho a

⁸ Sentencia SU-819 citada.

la vida como consecuencia de una enfermedad Incurable y mortal, siendo real el progresivo desmejoramiento de su salud.

En torno de la protección del derecho a la salud en relación directa con la vida, es valioso el siguiente aparte jurisprudencial:

"El ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de enfermedades Incurables y mortales afecta esos niveles, poniendo en peligro la propia subsistencia, no resulta válido pensar que el enfermo está Ineluctablemente abocado a . abandonarse a la fatalidad, desechando cualquier tratamiento, por considerarlo inútil ante la certeza de un Inexorable desenlace fatal; todo lo contrario, el paciente tiene derecho, mientras tanto, a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, a buscar por los medios posibles la prolongación de la vida amenazada, si así lo desea"⁹.

Del recobro por parte de la entidad promotora de salud

Denegándose la petición principal formulada por la entidad accionada, se despachará favorablemente la solicitud subsidiarla, en la medida que en casos como el examinado, las empresas promotoras de salud tienen derecho de repetir contra el Estado el valor de las actividades, procedimientos, intervenciones y tratamientos que deban ser suministrados por fuera del plan obligatorio de salud o sin el cumplimiento de los períodos mínimos de cotización, disponiéndose consecuencia; mente el reconocimiento al derecho que tiene LA E.P.S. COOMEVA al reembolso de las sumas que deba pagar por EL CUBRIMIENTO TOTAL del cargo económico derivado de la práctica de los EXAMENES DE CARGA VIRAL ordenados por el médico tratante, con la frecuencia requerida, al igual que los demás medicamentos, laboratorios y controles necesarios prescritos y que se prescriban en el futuro para el diagnóstico de la enfermedad que padece el señor M.J.J. y que se encuentren excluidos del catálogo oficialmente aprobado.

Lo anterior con la finalidad, como lo indicó la citada Corporación, de mantener el principio del equilibrio financiero de las entidades prestadoras y del sistema en su conjunto, garantizando así mismo los principios constitucionales. Para este efecto, se ordena al Ministerio de Salud a través del FOSYGA, reembolsarle a aquella entidad los correspondientes gastos; en el término de QUINCE (15) días hábiles contados a partir de la formalización de las cuentas respectivas.

Es importante señalar que la consecuencia Inmediata de la declaratoria de inexecutable de la Ley 508 de 1999, por medio de la cual se expidió el "Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002" (sentencia C-557 del 16 de mayo de 2000, M.P. Vladmiro Naranjo Mesa), y que imponía la necesidad de modificar la doctrina constitucional contenida en la sentencia SU-819 del 20 de octubre de 1999, retomó totalmente su vigencia, en el sentido que en materia de servicios de salud, medicamentos y procedimientos excluidos del POS, "las normas legales eran Inaplicables cuando estaba de por medio el derecho a la vida, evento en el cual las empresas promotoras de salud debían repetir contra el Estado-Fosyga el valor de esos procedimientos y medicamentos que debían ser suministrados por fuera del POS, con el correlativo derecho a exigir el reembolso de la sima correspondiente", que es precisamente lo que aquí ocurre.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-271 de 1995

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER la tutela de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la Integridad física y a la salud del señor M.J.J., conforme lo dicho en la parte motiva.

SEGUNDO.- DISPONER que la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. COOMEVA, en un término que no podrá exceder de CINCO (5) DIAS CALENDARIO siguientes a la notificación de esta sentencia, AUTORICE EL CUBRIMIENTO TOTAL del cargo económico derivado de la práctica de los EXAMENES DE CARGA VIRAL ordenados por el médico tratante, con la frecuencia requerida, suministrándole los demás medicamentos, laboratorios y controles necesarios prescritos y que se prescriban en el futuro para el diagnóstico de la enfermedad que padece y que se encuentren excluidos del catálogo oficialmente aprobado.

TERCERO.- DECLARAR que COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., tiene derecho a repetir contra el MINISTERIO DE SALUD - FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA - FOSYGA-, para que éste reembolse las sumas que aquella deba pagar por razón del CUBRIMIENTO TOTAL del cargo económico de la práctica de los EXAMENES DE CARGA VIRAL ordenados por el médico tratante, con la frecuencia requerida, al igual que los demás medicamentos, laboratorios y controles necesarios prescritos y que se prescriban en el futuro para el diagnóstico de la enfermedad padecida por el señor M.J.J. y que se encuentren excluidos del catálogo oficialmente aprobado.

CUARTO.- Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA DEL MINISTERIO DE SALUD- FOSYGA-, dispone de un término de QUINCE (15) días hábiles, contados a partir de la, presentación y formalización de las cuentas correspondientes.

QUINTO.- NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992, y si no fuere impugnada, remitirla a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO.- Contra esta sentencia procede la Impugnación prevista en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO.- Expedir copia autenticada de esta sentencia con destino a la E.P.S. CO.OMEVA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Firman:

Natalia Sofía Ortiz Lemus
Juez

Luz Mery Villalobos Medina

Secretaria