

Sentencia T-575A/11

LEGITIMACION POR ACTIVA Y LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Padre en representación de hijo enfermo

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Prestación ininterrumpida, constante y permanente

En aplicación de los principios de integralidad, continuidad y confianza legítima que rigen el derecho a la salud, a las personas les deben brindar los servicios médicos que ordene su médico tratante por ser necesarios e indispensables para conservar o recuperar la salud. En este sentido, la Corte Constitucional, ha señalado que estos deben garantizarse de manera permanente, ininterrumpida y sin lugar a fraccionamientos. De acuerdo con lo anterior, el ordenamiento jurídico señaló a los prestadores de salud un trámite que permite estudiar la necesidad de suministrar medicamentos y demás servicios médicos que el galeno tratante haya ordenado, de esta manera, es inaceptable las obstáculos administrativos y la conducta negligente que constituye una flagrante violación del derecho a la salud, de los usuarios del sistema.

DERECHO A LA SALUD DEL DISCAPACITADO-Suministro de medicamento bajo denominación comercial para joven que padece retardo mental severo y epilepsia

Referencia: expediente T-3.009.589

Demandante:

Carlos José Rodríguez Velásquez en representación de Henry Rodríguez Pinto

Demandados:

Nueva EPS y Clínica Carlos Lleras Restrepo

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., 25 de julio de dos mil once (2011).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, el 10 de febrero de 2011, que a su vez confirmó el proferido, en primera instancia dentro de la acción de amparo constitucional instaurada por el señor Carlos José Rodríguez Velásquez en representación de Henry Rodríguez Pinto.

La presente acción de tutela fue escogida para revisión por la Sala de Selección número Tres, mediante Auto del 31 de marzo de 2011, y repartida a la Sala Cuarta de esta Corporación para su decisión.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El señor Carlos José Rodríguez Velásquez actúa en representación de su hijo Henry Rodríguez Pinto, quien padece de retardo mental severo y síndrome de Lennox Gastaut.

Manifiesta el actor que su hijo se encuentra afiliado, como su beneficiario en el régimen contributivo en salud desde 1995; inicialmente en el Seguro Social y, actualmente, en Nueva EPS. Aduce que recibe la atención médica en la Clínica Carlos Lleras Restrepo, entidad de salud en la que le realizan el tratamiento para controlar, entre otras enfermedades, las crisis convulsivas, para lo cual el galeno le prescribía Carbamazepina de 400 mg, medicación que le habían entregando oportunamente.

Agrega el actor que, el 13 de octubre de 2010, la neuróloga le ordenó el medicamento “CARBAMAZEPINA RETARD de 400 mg (TEGRETOL RETARD Tb de 400 mg)” y una vez acudió a la droguería a reclamarlo le indicaron que a la fórmula le faltaba la palabra Tegretol, el cual es un medicamento comercial. La galena anotó entre paréntesis Tegretol Retard Tb de 400 mg y de igual forma lo plasmó en la historia médica adjunta en la demanda¹. Sin embargo, a pesar de esa anotación en la droguería no hicieron entrega del medicamento.

En consecuencia, acudió a la Nueva EPS donde le informaron que la neuróloga debía justificar los motivos por los cuales prescribió un medicamento que no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud -POS- y, para el efecto, debía anexar un formato del INVIMA.

¹ Ver folios 12 y 13 del cuaderno principal.

El anterior procedimiento administrativo exigido por la entidad accionada no permitió suministrar el nuevo medicamento prescrito por la neuróloga de Rodríguez Pinto.

Manifiesta el actor que su sustento y el de su grupo familiar se derivan de la pensión de vejez que recibe y de una actividad económica que desarrolla en su vivienda, vendiendo café. Bajo estas circunstancias, no cuenta con los recursos económicos para adquirir el medicamento y, en consecuencia, se produjo una afectación a la salud y calidad de vida de su hijo con discapacidad.

2. Fundamentos

Argumenta que de acuerdo al artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede solicitar la protección de sus derechos vulnerados o amenazados por una autoridad pública o, de manera excepcional, por los particulares.

Indica que su hijo Henry Rodríguez Pinto, padece graves enfermedades que requieren un tratamiento continuo para evitar que puedan agravarse progresivamente, afectando de manera significativa su salud.

A su entender, el Estado debe tratar que el padecimiento de una enfermedad como la que presenta Henry, se haga menos dramático y tortuoso. Esto se logra exigiendo un mínimo de requisitos para brindar la asistencia médica y farmacéutica, ya que, obstaculizar de algún modo, el acceso de los pacientes al único medio del que científicamente se dispone para mejorar su calidad de vida, resulta ilegítimo, cruel y desmedidamente agresor del primero y más importante de los derechos de que debe gozar el ser humano para que el ordenamiento social no pierda lo esencial de su fundamento, como es el derecho a la vida.

Argumenta que la conducta de la Nueva EPS se convierte en una amenaza grave para la vida de su hijo, en la medida en que no autoriza la entrega del medicamento hasta tanto no se disponga un trámite administrativo, lo que constituye una flagrante violación del derecho a la salud, de sus afiliados.

3. Pretensiones de la parte actora

Mediante la presente acción de tutela el demandante solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de su hijo Henry Rodríguez Pinto y, en consecuencia, pretende que se ordene la entrega del medicamento TEGRETOL RETARD de 400 mg, prescrito por la neuróloga tratante. De igual forma, solicita el tratamiento integral que requiera para controlar su enfermedad.

4. Integración del contradictorio

El Juez Sexto Penal del Circuito de Bogotá, mediante Auto del 23 de noviembre de 2010, admitió la demanda y corrió traslado a la Nueva EPS y vinculó al proceso a la Clínica Carlos Lleras Restrepo.

4.1. Clínica Carlos Lleras Restrepo

Esta institución de salud se pronunció sobre la solicitud de tutela, indicando que no se opone a la entrega del medicamento prescrito al joven Henry Rodríguez Pinto a quien le ha prestado los servicios de salud de manera oportuna, con calidad y calidez.

De igual forma, aclaró que esa Clínica es una institución prestadora de servicios de salud -IPS-, en este caso contratada por la entidad demandada y que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, las entidades promotoras de salud -EPS-, son las encargadas del aseguramiento, razón por la cual no es de su competencia autorizar y entregar la medicación solicitada. Por lo tanto, no ha violado los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Consecuente con lo anterior, solicitó que se le desvincule del proceso de tutela, en la medida en que no es aseguradora y, por tal motivo, no es responsable del cumplimiento de la pretensión del accionante.

4.2. Nueva EPS

En su respuesta indicó que, en efecto, el joven Henry Rodríguez Pinto se encuentra afiliado a esa EPS en calidad de beneficiario y de acuerdo a su historia clínica está diagnosticado con síndrome de Lennox-Gastaut, que se manifiesta con epilepsia de difícil manejo. Además, sufre de retardo mental severo.

Manifestó que el joven fue valorado por el neurólogo en octubre de 2010, quien le ordenó el medicamento Carbamazepina en denominación comercial TEGRETOL RETARD de 400 mg, el cual se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud y no se evidencia que el especialista haya agotado las alternativas previstas en el POS para tratar la epilepsia de difícil manejo que presenta el demandante. Tampoco se observa en la historia clínica el tiempo de administración del medicamento genérico, la respuesta frente al mismo o si se ha presentado una reacción adversa que indique la necesidad de uso del medicamento en denominación comercial.

Afirma que el Comité Técnico Científico autorizó la Carbamazepina de 400 mg en fórmulas médicas y la prescripción del Tegretol Retard de 400 mg no ha sido puesta bajo su consideración, según los términos de la Resolución No. 548 de 2010 que reglamenta el procedimiento ante los Comités Técnico-Científicos.

Resalta que para ordenar medicamentos por fuera del POS, el juez constitucional debe evaluar cada caso bajo estudio, a fin de evitar la desviación de los recursos de la seguridad social, preservar la filosofía y la viabilidad del sistema y observar el precedente jurisprudencial indicado en las Sentencias SU-480 de 1997 y 819 de 1999. De igual forma, aduce que los jueces no pueden dar órdenes de tratamientos integrales con base en hechos futuros que ni siquiera han sido solicitados.

También argumenta que cuando el juez impone cargas económicas que van más allá de las obligaciones contractuales de las EPS, en aras de mantener el equilibrio financiero del sistema, se deben ordenar los recobros a su favor.

Por consiguiente, solicita denegar por improcedente la acción de tutela, al no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

En caso de que el amparo sea concedido, pide que se ordene que el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA pague a la Nueva EPS el 100% del costo de los servicios que estén por fuera del POS y le sean suministrados al usuario, dentro de los 10 días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente.

En el evento que la decisión sea favorable al accionante, requiere que se indique concretamente el servicio no POS que deberá ser autorizado y cubierto por la entidad para evitar fallos integrales que dan lugar a que, en el futuro, se termine asumiendo los costos de prestaciones que no tienen relación directa con las enfermedades o que no implican afectación del derecho a la vida, que precisamente es el objetivo con el que fue concebida la acción de tutela.

Finalmente, exige que se precise que el suministro de medicamentos deberá ser autorizado en su presentación genérica y su dosificación se suspenderá o modificará dependiendo de la evolución que haya tenido la enfermedad, según el concepto del médico tratante, así como que se indique que la solicitud de los medicamentos requeridos se debe tramitar conforme a lo establecido por la Resolución No. 548 de 2010 que establece el procedimiento a seguir ante el Comité Técnico Científico.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Primera Instancia

En sentencia del 7 de diciembre de 2010, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá declaró improcedente el amparo constitucional al considerar que el incumplimiento se superó con la medida provisional, dispuesta el 24 de noviembre, en la que se ordenó: *“corregir en forma inmediata la autorización*

de entrega si ello es necesario, y reiterar la orden o autorización para que la correspondiente Droguería igualmente le haga entrega inmediata de la Carbamazapina Retard Tegretol tabletas de 400 mg...” Medida que a su juicio resultaba pertinente porque no existía una razón para privar al paciente del medicamento prescrito por su médico tratante.

El *a quo* consideró que cumplida la medida provisional la accionada brinda un tratamiento médico adecuado y acorde con las exigencias tal como se logra verificar en la declaración rendida por el accionante ante ese despacho.

El accionante impugnó la decisión, sin sustentar los motivos de su inconformidad.

2. Segunda Instancia

En decisión del 10 de febrero de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió confirmar el fallo de primera instancia, al estimar que, de acuerdo con la declaración rendida por el accionante, le vienen suministrando el medicamento, por lo cual puede considerarse que se está en presencia de un hecho superado, ya que fueron restablecidos los derechos a la seguridad social y a la salud, no existiendo orden alguna por proferir ante la carencia actual de objeto.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

Según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares. En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, estableció que la tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos.

Específicamente, la Ley 1306 de 2009, “*Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados*”, señala que toda persona está facultada para solicitar cualquier medida judicial, incluida la tutela, que busque favorecer a quien sufre de discapacidad mental. En ese sentido el artículo 14 del citado ordenamiento señala:

“ACCIONES POPULARES Y DE TUTELA. Toda persona está facultada para solicitar directamente o por intermedio de los Defensores de Familia o del Ministerio Público, cualquier medida judicial tendiente a favorecer la condición personal del que sufre discapacidad mental.

Así mismo que, la Acción de Tutela tiene cabida cuando se trate de defender los derechos fundamentales de la persona con discapacidad.”

En el presente caso, la acción de tutela se presenta por el padre de una persona diagnosticada con discapacidad mental, según la historia médica que adjuntó al expediente, quien no puede ejercer por sí mismo sus derechos, circunstancia que fue debidamente informada en el escrito de tutela.

Frente a lo anterior, cabe afirmar que, en efecto, el señor Carlos José Rodríguez Velásquez, se encuentra legitimado para solicitar la protección de los derechos de Henry Rodríguez Pinto quien, como se pudo demostrar, es una persona que sufre de discapacidad mental.

Así las cosas, en el presente caso existe legitimación en la causa por activa para el ejercicio de la acción de tutela.

2.2. Legitimación pasiva

La Nueva EPS y la Clínica Carlos Lleras Restrepo, como entidades encargadas de la prestación del servicio público de salud, están legitimadas como parte pasiva con fundamento en lo dispuesto por artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema Jurídico

De acuerdo con la situación fáctica descrita, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, determinar si la Nueva EPS y la Clínica Carlos Lleras Restrepo vulneran los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social del ciudadano Henry Rodríguez Pinto, al no efectuar los trámites administrativos requeridos para autorizar el medicamento Tegretol Retard Tableta de 400 miligramos.

Para efectos de resolver la controversia planteada, la Sala desarrollará los temas relacionados con (i) el alcance del derecho fundamental a la salud y su protección a través del ejercicio de la acción de tutela y (ii) el suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

4. El alcance del derecho fundamental a la salud y su protección a través del ejercicio de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social se considera como un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, además, se garantiza como un derecho irrenunciable, a todas las personas.

De igual forma, el artículo 49 Superior, establece que la salud hace parte de la Seguridad Social, por lo tanto, es un servicio público a cargo del Estado y por ello debe ser garantizado a todas las personas. Para el cumplimiento de este postulado constitucional, le corresponde al Estado, a las entidades territoriales y a los particulares el desarrollo de sus competencias en materia asistencial, presupuestal, financiera, dirección, organización, reglamentación, control y vigilancia, señalados en la ley.

Actualmente, la jurisprudencia de esta Corporación considera la salud como un derecho fundamental autónomo, derivado de la dignidad humana, teniendo en cuenta que hace parte de los elementos que le dan sentido al uso de la expresión ‘derechos fundamentales’, alcance que se realiza de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.)².

Así las cosas, la Corte consideró que la calidad de fundamental de los derechos no depende de la manera como estos se hacen efectivos concluyendo en consecuencia que “[l]os derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención)”³.

Concretamente, las personas discapacitadas tienen un marco jurídico que señala la obligación de proteger el derecho a la salud de estos individuos, es

2 T-859 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett. La Corte en buena parte de su jurisprudencia ha invocado la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General N° 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que fijó el sentido y alcance de los derechos y obligaciones derivados del Pacto.

3 Sentencia T-016 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto. Este mismo criterio fue reiterado en la Sentencia T-760 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

así como la Ley 1306 de 2009⁴, tiene por objeto la protección e inclusión social de toda persona con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad. Norma que es complementada con los Pactos, Convenios y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos relativos a las personas en situación de discapacidad admitidos por Colombia, que integran el bloque de constitucionalidad, los cuales deberán ser observados por toda la sociedad y, particularmente, por el Estado. De igual forma el artículo 11 ibídem, establece que *“Ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica...”*. Por ello, cuando su derecho fundamental a la salud resulta violado o amenazado por la acción u omisión de las autoridades públicas o, excepcionalmente, por los particulares, resulta procedente la acción de tutela como medio de defensa judicial para su protección o, cuando se promueva como mecanismo transitorio, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5. El suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, las personas tienen derecho al acceso a los servicios que sean necesarios para conservar o restablecer su salud, cuando se requiera.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 162, establece el Plan Obligatorio de Salud -POS-⁵, que es un conjunto de servicios para la atención en salud al cual tiene derecho todo afiliado y cuya prestación debe ser garantizada por el prestador.

El contenido del Plan Obligatorio de Salud se encuentra regulado en el Acuerdo 8 de 2009, expedido por la CRES⁶, el cual distingue el POS del régimen contributivo y el POSS, que corresponde al régimen subsidiado, con las inclusiones y las exclusiones de los servicios que deben ser prestados en ambos regímenes, los cuales se financian con la Unidad de Pago por Capitación -UPC-, que fija el Ministerio de la Protección Social con base en estudios técnicos que permiten comprobar la suficiencia de la UPC para financiar los servicios contenidos en los respectivos Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado.

Por lo anterior, para la sostenibilidad financiera del sistema, si se requiere de un servicio prescrito por el facultativo que no se encuentre incluido en el POS, se deberá atender lo establecido por el Ministerio de la Protección Social. Es pertinente indicar que la Resolución No. 548 de 2010 no se encuentra vigente,

4 Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

5 La Ley 1122 de 2007, creó la Comisión de Regulación en Salud -CRES-, la cual tiene asignada la función de definir y modificar el contenido del POS, en el Régimen Contributivo y Subsidiado, para lo cual expidió el Acuerdo 08 de 2009 “Por el cual se aclaran y actualizan íntegramente los Planes Obligatorios de salud del Régimen Contributivo y Subsidiado”.

6 Comisión de Regulación en Salud.

por cuanto fue proferida en desarrollo de los artículos 19 y 20 del Decreto Legislativo 128 de 2010 (emergencia social), que fue declarado inexecutable, en consecuencia, se configuró una inconstitucionalidad sobreviniente de la resolución.

La norma actualmente vigente es la Resolución No. 3099 de 2008⁷, que reglamenta los Comités Técnico-Científicos -CTC-⁸, estableciendo en su artículo 4° sus funciones, e indicando que se debe:

- “1. Evaluar, aprobar o desaprobado el suministro de los medicamentos o de los servicios incluidos en las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera tanto del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como del Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
- 2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas.”*

Así mismo, el referido acto administrativo señaló los criterios que los comités deberán tener en cuenta para la evaluación, aprobación o desaprobación de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos y que deberán ser cubiertos por el FOSYGA, para lo cual se debe tener en cuenta: a) *La prescripción de medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud, no incluidos en el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud solo podrá realizarse por el personal autorizado de la entidad administradora de planes de beneficios. No se tendrán como válidas transcripciones de prescripciones de profesionales que no pertenezcan a la red de servicios de cada una de ellas;* b) *Solo podrán prescribirse medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud que se encuentren debidamente autorizados para su uso y ejecución o realización por las respectivas normas vigentes en el país como las expedidas por el INVIMA y las referentes a la habilitación de servicios en el Sistema de Garantía de la Calidad de los servicios de salud;* c) *La prescripción de los medicamentos y/o servicios médicos y prestaciones de salud, será consecuencia de haber utilizado, agotado o descartado las posibilidades técnicas y científicas para la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad contenidas tanto en el Manual Vigente de Medicamentos del Plan*

⁷ Por la cual se reglamentan los Comités Técnico - Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela.

⁸ De acuerdo con la Sentencia T-741 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, el Comité Técnico Científico es un órgano administrativo de la E.P.S. encargado de asegurar que las actuaciones y procedimientos de la entidad se adecuen a las formas preestablecidas y de garantizar el goce efectivo del servicio de salud de los afiliados.

Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin obtener resultado clínico o paraclínico satisfactorio en el término previsto de sus indicaciones o de prever u observar reacciones adversas o intolerancia por el paciente o porque existan indicaciones o contraindicaciones expresas. De lo anterior se deberá dejar constancia en la historia clínica y, d) Debe existir un riesgo inminente para la vida o salud del paciente, lo cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva. La Sala encuentra que dichos criterios deben ser aplicados de acuerdo con la jurisprudencia constitucional referente a la materia.

De igual manera, la Resolución 3099 de 2008, en su artículo 7, señaló que las prescripciones u órdenes médicas deberán ser presentadas al Comité Técnico-Científico, en adelante CTC por el médico tratante y se tramitarán conforme al procedimiento allí indicado.

No obstante lo anterior, el artículo 8º, ibídem, establece una excepción al citado procedimiento, cuando se pretenda evitar un riesgo inminente o un grave peligro para la vida del paciente.

Para que proceda el amparo constitucional a la salud, cuando se requiere del suministro de medicamentos o servicios que no se encuentren contemplados en los planes, esta Corporación ha señalado los siguientes criterios jurisprudenciales:

“(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo⁹”.

En aplicación de los principios de integralidad, continuidad y confianza legítima que rigen el derecho a la salud, a las personas les deben brindar los servicios médicos que ordene su médico tratante por ser necesarios e indispensables para conservar o recuperar la salud. En este sentido, la Corte Constitucional, ha señalado que estos deben garantizarse de manera permanente, ininterrumpida y sin lugar a fraccionamientos.

De acuerdo con lo anterior, el ordenamiento jurídico señaló a los prestadores de salud un trámite que permite estudiar la necesidad de suministrar medicamentos y demás servicios médicos que el galeno tratante haya

9 Sentencias T-406 de 2001 y T1213 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-46 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en las cuales se reitera la jurisprudencia.

ordenado, de esta manera, son inaceptables los obstáculos administrativos y la conducta negligente que constituye una flagrante violación del derecho a la salud, de los usuarios del sistema.

6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De acuerdo a las circunstancias fácticas descritas la médica especialista en neurología del joven Henry Rodríguez Pinto, quien padece de Retardo Mental Severo y Síndrome de Lennox Gastaut, le prescribió el medicamento Tegretol Retard de 400 mg, el cual no se encuentra en el POS.

La Nueva EPS no autorizó tal medicamento en consideración a que la especialista no efectuó el trámite previsto para estos casos ante el Comité Técnico Científico, tampoco observó las alternativas previstas en el POS para tratar la epilepsia de difícil manejo que presenta su paciente, ni se evidenció en la historia clínica el tiempo de administración del medicamento genérico, la respuesta frente al mismo y si hubo una reacción adversa que indicara la necesidad de uso del medicamento en denominación comercial.

El padre de Rodríguez Pinto acudió a la acción de tutela a fin de que a su hijo le amparen sus derechos a la vida y a la salud y, en consecuencia, le ordenen a las entidades accionadas proceder a autorizar el citado medicamento.

De acuerdo con las consideraciones generales, a la médica tratante le asiste la responsabilidad de efectuar el procedimiento administrativo cuando decida prescribir un medicamento que se encuentre por fuera del POS, circunstancia que debe desarrollarse de manera absolutamente clara en el ámbito interno de la EPS y la IPS, en procura de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales a la vida, la salud y la seguridad social.

En el presente caso se evidencia que, en la práctica, la entidad Nueva EPS no tuvo en cuenta la protección reforzada de la que es titular una persona con discapacidad, obligación jurídica, que como se ha dicho tiene rango constitucional por lo tanto es de obligatorio cumplimiento, por ello al omitir un trámite interno necesario para atender una enfermedad vulneró sus derechos fundamentales

Pues si bien es cierto que el medicamento se encuentra por fuera del POS, la Clínica Carlos Lleras y Nueva EPS, deben tener claramente establecido el procedimiento administrativo que debe agotarse para que el Comité Técnico Científico autorice los medicamentos, actividades, procedimientos e intervenciones no incluidos en el POS que permitan la eficiente prestación del servicio médico de sus afiliados que han confiado su bienestar y calidad de vida.

Encuentra la Sala que las entidades demandadas no desplegaron las acciones administrativas necesarias para tramitar y autorizar la prescripción de un

medicamento que esta por fuera del POS, de forma que garantizara el goce del derecho fundamental a la salud del paciente.

En este caso las reglas jurisprudenciales se ajustan a las necesidades de Henry Rodríguez Pinto por cuanto la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal; el medicamento Tegretol Retard de 400 mg, que sustituyó el genérico, ha sido ordenado por su médica adscrita a la IPS que contrató Nueva EPS, el accionante no puede costearlo porque depende económicamente de su padre, quien deriva sus ingresos de la pensión de vejez que recibe y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie. En consecuencia, tiene derecho a que le brinden los medicamentos que le ordenó su médica tratante.

Por otro lado, esta Corporación no comparte las decisiones de los jueces de instancia sustentadas en un eventual hecho superado por la supuesta entrega del medicamento, por cuanto de la lectura del expediente lo que se evidencia es que al paciente venían suministrándole la droga Carbamazepina en su presentación genérica y no en su presentación comercial como la especialista lo prescribió.

Si bien el medicamento Tegretol podía estar entregándose como consecuencia de una medida cautelar ordenada al admitir la tutela ello, no supone que la Nueva E.P.S. venía cumpliendo o haya cumplido sus deberes frente a la situación del paciente en este caso antes de la presentación de la solicitud de amparo, siendo éste el momento en que debe evaluarse para determinar si se presentó un debido accionar del demandado tendiente a cesar la violación de los derechos fundamentales susceptible de considerarse como un hecho superado.

Si al revisar en segunda instancia una actuación el juez constitucional encuentra que ya no existe violación del derecho fundamental por cuanto se está cumpliendo lo ordenado por el *a quo* para superar la situación respectiva, no cabría hablar propiamente de hecho superado como argumento para negar el amparo pues se debería confirmar lo decidido en primera instancia.

En vista de que el accionante es sujeto de especial protección y conforme con el análisis precedente, la Sala amparará su derecho fundamental a la salud.

Para el efecto, esta Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia del 10 de febrero de 2011, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual decidió confirmar el fallo del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá y en su lugar, amparará los derechos fundamentales de Henry Rodríguez Pinto, ordenando a la Nueva EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, si no lo ha realizado, que dentro de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, autorice el medicamento Tegretol Retard de 400 mg conforme lo prescriba la medico tratante de Henry Rodríguez Pinto.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, del 10 de febrero de 2011. En su lugar, **CONCEDER** el amparo a los derechos a la salud invocados por Henry Rodríguez Pinto.

SEGUNDO: ORDENAR a Nueva EPS, que continúe suministrando el medicamento Tegretol Retard de 400 mg, basado en la orden de la médica tratante adscrita a la E.P.S. accionada.

TERCERO: ORDENAR a la Nueva EPS que informe a su red prestadora de servicios el trámite que debe realizar su personal médico ante el Comité Técnico Científico cuando prescriba medicamentos, actividades, procedimientos e intervenciones no incluidos en el POS.

CUARTO: LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General