

Sentencia T-298/08

ACCION DE TUTELA-Fallecimiento del actor no exime pronunciamiento de fondo

CONSTITUCION POLITICA-Respeto como disposición normativa aplicable a las decisiones de las autoridades y de los particulares

REGLAS JURISPRUDENCIALES FIJADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL-Fuerza vinculante

DESCONOCIMIENTO DE LA CONSTITUCION POLITICA-Se presenta cuando el juez de tutela niega medicamentos o tratamientos excluidos del POS, aduciendo que el procedimiento ante el Comité Técnico Científico no ha sido agotado

ACCION DE TUTELA-El a-quo debió verificar si se cumplían las reglas fijadas por la Corte Constitucional para la inaplicación de normas que excluyen servicios o medicamentos del POS

ACCION DE TUTELA-Se previene a la EPS Coomeva para que no exija a los usuarios la solicitud al Comité Técnico Científico como requisito para suministro de medicamentos o procedimientos no POS

Referencia: expediente T-1.756.897

Acción de tutela instaurada por María Cristina Agudelo Guerrero como agente oficiosa de Luis Antonio Guerrero Díaz del Castillo contra Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá D.C., tres (3) abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, D.C., el 28 de septiembre de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La abogada María Cristina Agudelo Guerrero, agente oficiosa del señor Luis Antonio Guerrero Díaz del Castillo, promovió acción de tutela contra Coomeva EPS, por considerar violado el derecho a la vida del citado señor quien requiere el suministro de medicamentos y demás elementos prescritos por el médico tratante; así como su inclusión en el programa de asistencia médica y enfermería domiciliaria, dado su grave estado de salud.

En el escrito de tutela se relató que el accionante se encuentra afiliado a la EPS tutelada desde el mes de abril de 2006 y que el 6 de agosto de 2007 ingresó a la Clínica Nueva en un lamentable estado de salud por complicaciones relacionadas con cirrosis, ascitis y otros cuadros clínicos que lo obligaron a permanecer interno durante 30 días en dicho centro asistencial.

Durante su estadía en la clínica fue intervenido quirúrgicamente, dado que le fue diagnosticado un carcinoma de células hepáticas, por lo cual se le colocó un catéter en la unidad renal con el fin de facilitar la expulsión de líquidos acumulados en el organismo, evitando que colapsaran los riñones, debiendo evacuar por medios mecánicos dichos líquidos cada dos o tres días.

Para tal fin, los médicos tratantes, al dar de alta al afectado, expidieron fórmula médica recomendándole que previo procedimiento de asepsia, evacuara con ayuda de otras personas los líquidos acumulados en su cuerpo. Además, le prescribieron¹ Minicaps y Ultraset, bolsas de drenaje (10 unidades) y garamicina crema.

Adicionalmente le señalaron que la persona que le ayudara con la evacuación de los líquidos debía utilizar tapabocas, guantes, gasas, alcohol, isodine y jabón antibacterial, ya que un paso equivocado en el proceso de extracción podría conducirle a una peritonitis.

Dado de alta el 8 de septiembre de 2007, al solicitarle a Coomeva EPS, el suministro del Minicaps, las bolsas de Ultraset para drenaje, la garamicina y los otros implementos para el

procedimiento de extracción de líquidos, obtuvo respuesta negativa aduciendo que no se encontraban dentro del POS.

Finalmente señala que la EPS no canceló el valor de las incapacidades laborales² que fueron expedidas por el médico que lo atendió, aduciendo que los aportes se habían efectuado extemporáneamente, con lo cual se quebranta, a su juicio, el derecho a la vida y a la seguridad social.

Por lo anterior, solicitó que la EPS demandada fuera obligada a prestarle el tratamiento post operatorio que requiere y se le cancelen las incapacidades laborales para así cesar la violación de los derechos invocados, en tanto su agenciado no posee los recursos económicos necesarios para atender por cuenta suya los gastos que representa su padecimiento.

2. Respuesta de la entidad tutelada y del interviniente

2.1. Coomeva EPS

A través de su representante, la entidad tutelada informó que el accionante se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo desde abril de 2006 en calidad de cotizante independiente, contando con más de 77 semanas de cotización, con diagnóstico de Carcinoma de Células hepáticas, en manejo por nefrología quien ha solicitado los medicamentos Minicaps y Ultraset, los cuales de acuerdo a la normatividad vigente se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS.

Señaló que es obligación de las Entidades Promotoras de Salud y principalmente del Comité Técnico Científico estudiar la utilización y efectividad que surtan los medicamentos no POS que se han autorizado a los afiliados; quienes deben demostrar mediante su historia clínica la necesidad de la medicina para atender su padecimiento. Agregó que si dicho Comité no encuentra demostrado los elementos de juicio necesarios para aprobar el suministro del medicamento, se debe entonces complementar la información para volver a analizar la situación.

Precisó que este es un trámite ordinario que debe adelantar ante la entidad Entidad Promotora de Salud, en busca de la autorización para el suministro de los medicamentos no

POS, debiendo el afectado adelantar ante el Comité Técnico Científico la gestión referida, anexando los documentos que acreditan la necesidad y conveniencia de la entrega de los medicamentos.

Para Coomeva EPS, el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 establece el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud en el cual se definen los eventos de exclusiones y limitaciones en el Plan Obligatorio de Salud, por lo tanto el no suministro de los medicamentos se sustenta en que se encuentran excluidos del POS y por lo mismo no existe ningún derecho fundamental violado o puesto en peligro por parte de la EPS, en tanto no se han realizado por el accionante las gestiones ante el Comité Técnico Científico.

Finalmente, señaló que la solicitud de ser incluido en el programa de asistencia médica y enfermería en casa, para aplicar el procedimiento de extracción de líquidos, es improcedente ya que ese servicio no ha sido ordenado por ningún médico tratante adscrito o con contrato con COOMEVA y tampoco ha sido solicitado por el paciente.

Por lo anterior, solicitó la improcedencia de la tutela y subsidiariamente se reconozca en el fallo el derecho de recobrar los valores que tenga que cubrir por fuera de sus obligaciones legales ante el FOSYGA.

2.2 Ministerio de la Protección Social- FOSYGA

El juez de instancia ordenó vincular al trámite constitucional al Ministerio de la Protección Social- FOSYGA con el fin de que se pronunciara sobre la tutela interpuesta.

Dicha entidad informó que el medicamento Garamicina crema y el suministro de Minicaps y Ultraset bolsa de drenaje solicitados se encuentran excluidos del POS, toda vez que no está descrito en el listado de medicamentos previsto en el artículo 1 del Acuerdo 228 de 2002, que actualizó el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud.

Explicó que en materia de medicamentos, el suministro de los mismos por parte de la EPS debe ser en los términos ordenados por el médico tratante, teniendo en cuenta que basta con que se conserve el principio activo y concentración establecido en el listado del Acuerdo

228 de 2002, sin importar la denominación que tenga el mismo en el mercado con tal de que corresponda al ordenado bajo los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente.

Por lo tanto, si el fármaco se encuentra excluido del POS, el accionante podrá acudir al Comité Técnico Científico de la respectiva EPS, para la aprobación del medicamento que se encuentra fuera del POS, en aras de proteger el derecho a la vida y la salud.

Para la autorización de medicamentos excluidos del listado, debe procederse a presentar el caso por parte del médico tratante ante el Comité Técnico-Científico, quien determina la viabilidad del mismo.

Así las cosas, una vez dicho Comité, previa solicitud por parte del médico tratante, autorice el suministro de la medicina excluida del POS, la EPS estará en la obligación de suministrarla al igual que podrá repetir contra el FOSYGA, por el monto que resulte de la aplicación del artículo 25 de la Resolución 2933 de 2006.

A su vez, el accionante podrá tener acceso a cualquier servicio de salud no contemplado en el POS, o sujeto a períodos de carencia sin todavía estar en tiempo, a través de la adquisición de Planes Adicionales de Salud PAS, de manera opcional y voluntaria, sometida a lo pactado con la entidad que lo celebre, cuya financiación es con recursos distintos a los de la cotización obligatoria.

En consecuencia, solicitó se exonere al Ministerio de la Protección Social-FOSYGA, toda vez que corresponde a la EPS accionada garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud POS, y al Comité Técnico Científico de la entidad accionada, la aprobación de los medicamentos excluidos del POS bajo los criterios establecidos en la Resolución 2933 de 2006, a fin de garantizar la vida y la salud de la persona, previa solicitud por parte del paciente.

3. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, D.C., mediante providencia del 28 de septiembre de 2007 negó el amparo solicitado.

Después de hacer varias citas de jurisprudencia constitucional, la juez de instancia, consideró

que dentro de la actuación no se acreditó que el paciente haya adelantado los trámites necesarios de prestación y solicitud de autorización de los medicamentos por parte del médico tratante ante el Comité Técnico Científico de la entidad accionada, con el fin de que le sea autorizado la entrega de las medicinas e implementos que le fueron prescritos y que se encuentran fuera del POS.

Se afirma en la providencia que el accionante: “se limitó a incoar la acción de tutela con fundamento únicamente en la negación de los parches, sin agotar previamente el conducto necesario de solicitud del servicio NO POS, ante el CTC como lo prevé el Decreto 3797 de 2003 y 2933 de 2006 (sic).”³

En este sentido la juez de tutela agregó:

“A manera de información, se le indica al accionante que cuando necesite de medicamentos no incluidos en el POS, debe presentar el caso ante el Comité Técnico Científico de la Entidad Prestadora de Salud, solicitando los servicios NO POS. Ya que es éste quien valora las condiciones del paciente y las normas que regulan la prestación del servicio de salud y decide si autoriza o no los medicamentos, procedimientos o cirugías no incluidas en el POS.

Y cuando el Comité haya negado la autorización para el servicio, ahí si hacer uso de la acción de tutela para que el Juez de respectivo (sic) valore la situación del accionante y mediante fallo, resuelva inaplicar el MAPIPOS y ordene el tratamiento, medicamento o cirugía negada por la EPS a través del CTC.”⁴

Para el a-quo esas precisiones se realizan toda vez que “en la instructiva tutelar; no se evidenció tal circunstancia, ya que no existe en el proceso prueba alguna, que con certeza pueda verificar ello (negativa de la EPS por medio de su Comité Técnico Científico).”⁵

Agregó que el tutelante se limitó a aportar las fórmulas médicas de los medicamentos e implementos que requiere, pero sin agotar previamente la solicitud de servicios ante el Comité Técnico Científico como lo prevé la legislación en materia de salud.

Consideró que respecto de las solicitudes relativas a que el paciente sea incluido en el programa de asistencia médica y asignada una enfermera nocturna, al advertir de las órdenes y fórmulas médicas que ningún galeno adscrito a la EPS tutelada ha ordenado dicho

servicio, es improcedente acceder a dicha petición.

En lo concerniente al pago de las incapacidades médicas señaló: “se le hace saber al accionante que [debe] adelantar las gestiones necesarias ante la entidad respectiva para el pago de la incapacidad.”⁶

Por lo anterior, concluyó que “no se observa amenaza o efectiva violación de derecho fundamental alguno”

4. Informe de la agente oficiosa sobre la muerte del titular de los derechos fundamentales

A través de comunicación del 2 de octubre de 2007, la agente oficiosa, señaló:

“Por medio del presente me permito informarle que el demandante señor Luis Antonio Guerrero, murió víctima de la falla hepática relatada en los hechos de esta acción”.

Lo anterior con el objeto de que dé por terminado el trámite de la presente acción de tutela.”

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Consideración preliminar. Efectos de la muerte del accionante para los fines de la revisión de la decisión de instancia

El fallecimiento durante el trámite de amparo de la persona que acudió a la jurisdicción constitucional para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, en principio, permite al juez constitucional proferir una decisión desestimatoria de la solicitud de protección constitucional, dado que no tendría sentido amparar derechos si su titular ya no existe.

Sin embargo, en cumplimiento de la función primaria⁷ que es inherente a la revisión de los fallos de tutela (Art. 241-9 C.P.), la Corte Constitucional ha sostenido que la muerte del peticionario durante este trámite, no la exime de emitir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate, porque si bien a causa del fallecimiento del actor la Corte queda impedida para impartir contra el tutelado la orden a que hace referencia el artículo 86 Superior, ello no la priva del deber de resolver sobre el fondo del asunto sometido a su estudio, dado que el

artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 prohíbe la emisión de fallos inhibitorios en materia de tutela y que las funciones de la Corte Constitucional exceden a las que cumple ordinariamente un tribunal de instancia.⁸

En efecto, en la Sentencia T-428 de 19989 se precisó que el propósito de la Corte Constitucional al revisar los procesos de tutela, además de resolver el caso concreto, es decantar los criterios interpretativos de las normas jurídicas, buscando establecer las reglas jurisprudenciales vinculantes que los jueces individuales o colegiados de tutela han de aplicar en casos futuros en aras de garantizar los principios de igualdad de trato jurídico, seguridad jurídica y confianza legítima al interior de la jurisdicción constitucional, clarificando y delimitando, en últimas, el ámbito normativo de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho, a lo cual se llega por vía de la revisión de casos ejemplares o ilustrativos.

Por lo anterior, procede la Sala de Revisión a pronunciarse sobre la solicitud de la tutela, con la advertencia que lo hará a título ilustrativo y en aras de prevenir la ocurrencia de la repetición de casos futuros con consecuencias nefastas para los accionantes, pues como ya se precisó, no cabe emitir orden alguna sobre derechos cuyo titular ha desaparecido.

Problema Jurídico

La Sala debe determinar si ¿se vulneran los derechos a la salud, la seguridad social, la dignidad y la vida de una persona cuando no se le suministran los medicamentos ordenados por el médico tratante adscrito a la EPS para atender su enfermedad, alegando que los mismos se encuentran excluidos del POS y que el accionante no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico de la entidad?

1. Deber de respeto a la Constitución Política, como disposición normativa aplicable directamente en las decisiones de las autoridades y de los particulares

La nueva concepción que sobre la Constitución Política introdujo la Carta Fundamental de 1991, propia del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, ha generado cambios trascendentales no sólo en el sistema de fuentes del Derecho sino principalmente en la forma como se percibe la Constitución por parte de las personas que habitan en Colombia.

Lo anterior, se manifiesta en una clara distinción entre los conceptos ley y Constitución que

ponen a ésta en un lugar prevalente dentro del sistema normativo, convirtiéndola formal y materialmente en la principal fuente de Derecho y por lo mismo, no como un conjunto de disposiciones meramente programáticas sino como una verdadera regulación con consecuencias normativas.¹⁰

De allí que la Constitución Política de Colombia no pueda ser considerada como una Carta meramente retórica, carente de fuerza jurídica, por el contrario, es ante todo la norma de normas al tenor de lo preceptuado en el artículo 4º Superior. El reiterado ejercicio de la acción de tutela en estos dieciséis años de vigencia de la Carta Fundamental, dan muestra de la concepción que la sociedad tiene de la Constitución que los rige, al punto de acudir al juez de tutela para hacer efectivos, en cada caso concreto, los contenidos constitucionales.

Así, en este nuevo modelo, a la noción de supremacía constitucional se adiciona el de eficacia directa o aplicación directa de la Constitución que tiene varias consecuencias. En primer lugar, el derecho que tiene toda persona de exigir ante las autoridades la realización de las reglas, principios y valores constitucionales, sin necesidad que, en principio, exista una ley o un reglamento que desarrolle las disposiciones contenidas en la Carta Política y, en segundo lugar, que al ser ella la principal fuente de Derecho, toda decisión de una autoridad o un particular debe observar los contenidos constitucionales y ello en razón al efecto de irradiación¹¹ que caracteriza los preceptos superiores.

Por lo anterior, una conducta o una decisión de una autoridad pública o de un particular no puede considerarse válida si desconoce los preceptos superiores cuyo sentido y alcance fija la Corte Constitucional como órgano designado por el Constituyente Primario para ser el máximo y auténtico guardián “de la integridad y supremacía de la Constitución” (art. 241 C.P.). De esta manera, la Constitución cumple una función habilitadora y limitante de la conducta de todas las personas que habitan en Colombia.

Aunado a lo anterior, ya la Constitución Política no se identifica exclusivamente con el texto que lleva esa denominación sino que implica una noción más amplia que refiere a ciertos instrumentos internacionales (art. 93 Superior), bajo el concepto de bloque de constitucionalidad¹² desarrollado en la jurisprudencia de esta Corporación.

La Constitución Política asegura así, la unidad del ordenamiento jurídico de forma tal que las diferentes disposiciones normativas, leyes, decretos, reglamentos y demás actos

administrativos deben interpretarse conforme a la Constitución¹³, esto es, teniendo como parámetro en la aplicación de dicha normatividad las reglas, principios y valores contenidos en la Carta.

De esta manera, el deber de respeto a la Constitución tanto para las autoridades como para los particulares, consagrado expresamente en los artículos 4 y 95 de la Carta Política impone a unos y otros, garantizar la efectividad de los mandatos constitucionales (art. 2 C.P.) en todas sus determinaciones, por más claras que parezcan ser las disposiciones legales o reglamentarias en que se funden, por cuanto la Constitución no es fuente del Derecho supletiva.

En otras palabras, no sería coherente con el paradigma garantista¹⁴ acogido por el Constituyente de 1991 que so pretexto de la claridad de textos normativos infraconstitucionales en la solución de un problema jurídico, como podría ser el caso de si un paciente debe agotar previamente el trámite ante el Comité Técnico Científico de la EPS a la cual se encuentra afiliado por obtener de ésta un medicamento o un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud¹⁵, quien deba tomar la decisión, aplique las consecuencias de dicha normatividad sin atender los preceptos constitucionales.

La eficacia directa de la Constitución obliga al operador jurídico a hacer todo lo contrario, pues éste deberá interpretar la normativa legal y reglamentaria a partir de las reglas, principios y valores constitucionales, adoptando la solución que más consulte sus mandatos, los cuales a su vez deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93 C.P.).

En esta perspectiva y en razón a la textura abierta que caracteriza las disposiciones constitucionales, adquieren gran relevancia las reglas jurisprudenciales que en cada escenario constitucional fija la Corte Constitucional sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales, puesto que es a dichas reglas a las que todo operador jurídico ha de someterse, al aplicar la Constitución en cada caso particular, so pena de violar el derecho a la igualdad de trato jurídico (art. 13 C.P.)

Por ello el respeto de las reglas jurisprudenciales no puede ser una opción más de los operadores jurídicos públicos y particulares dentro de nuestro complejo sistema jurídico, sino un deber primordial, en razón a que es a través de la observancia del precedente que se

asegura de manera definitiva la eficacia de los derechos constitucionales, en la medida en que se tiene como punto de partida al resolver cada caso concreto, el mismo entendimiento de la Constitución.

Al respecto en la Sentencia T-292 de 2006 se precisó:

“Los precedentes constitucionales deben tener un lugar privilegiado en el análisis de casos por parte de los operadores jurídicos, so pena de quebrantar principios constitucionales como la igualdad y la supremacía de la Constitución.¹⁷ En consecuencia, los jueces están obligados a acoger los precedentes constitucionales en la medida en que deben interpretar el derecho en compatibilidad con la Carta.¹⁸”

De esta manera, el deber de respeto a la Constitución no puede entenderse como hacer una invocación meramente formal de la Carta Política en la decisión que se adopta, sino aplicar el ordenamiento jurídico conforme al alcance que para cada caso específico ha establecido su intérprete supremo, esto es, la Corte Constitucional, en razón a que sólo de esa manera se garantiza igualdad en el trato jurídico, cumpliendo así nuestra norma *normarum* su función de dar unidad al sistema jurídico. De allí que tanto autoridades como particulares deban asumir que no de otra forma se asegura a los residentes en Colombia la realización del valor justicia dentro del marco jurídico que propugna el Preámbulo de nuestra Carta Política.

2. Desconocimiento de la Constitución Política en el evento en que los jueces de tutela nieguen el amparo constitucional solicitado, cuando se trata de medicamentos o procedimientos excluidos del plan obligatorio de salud, aduciendo que el procedimiento ante el Comité Técnico Científico no ha sido agotado, como si este trámite se tratara de un medio de defensa judicial. Reiteración de jurisprudencia

El supuesto fáctico según el cual se niega por parte de una Entidad Promotora de Salud un tratamiento o medicamento prescrito por el médico tratante pero excluido del Plan Obligatorio de Salud aduciendo que el mismo no ha sido gestionado a través del Comité Técnico Científico no es nuevo en la jurisprudencia de esta Corporación y por el contrario, puede considerarse como un caso rutinario¹⁹, que no impone, a los operadores jurídicos y a los jueces de tutela en particular, mayores exigencias para determinar las reglas controlantes que orientan la solución del problema jurídico que tal situación representa en tanto que dicha negativa suele lesionar los derechos constitucionales fundamentales del paciente que

requiere que se le suministre lo recetado por el médico tratante para el restablecimiento de su salud.

En ese sentido esta Corporación ha precisado:

i) Que atendiendo la naturaleza administrativa del Comité Técnico Científico su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un paciente le sea otorgado. En efecto, “el requisito de agotar el trámite frente al Comité Técnico Científico no es una prioridad frente a la necesidad del suministro del medicamento o atención en salud que el cotizante o beneficiario requiere, pues esta Corte ha señalado que es suficiente con el concepto emitido por el médico tratante para acceder a lo pedido pues es éste quien tiene los conocimientos médicos calificados y conoce la situación concreta del paciente y por tanto tiene la capacidad de determinar cuál medicamento o procedimiento es más beneficioso para el usuario.”²⁰ En este sentido la Corte ha considerado que dada la naturaleza del Comité “no puede ponerse en sus manos la decisión de si se protege o no el derecho a la vida de las personas”.²¹

ii) Que el Comité Técnico Científico no puede considerarse como una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud²² “por tanto, éstas no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de un trámite interno de la entidad.

iii) Que conforme a la regulación vigente (Resolución 2933 de 2006, artículo 7), el trámite ante el Comité Técnico Científico es competencia del médico tratante adscrito a la EPS y no es una gestión que le corresponda adelantar por cuenta propia al paciente.²³

iv) Que el acudir al Comité Técnico Científico “no es un requisito para la procedencia de la acción de tutela que se haya acudido a los anteriores Comités Técnico Científicos solicitando un medicamento excluido del P.O.S., por lo cual no es jurídicamente admisible negar el amparo de derechos fundamentales con el argumento de no haber acudido de manera previa al Comité en cuestión.”²⁴ En consecuencia se ha entendido que “los jueces de tutela no pueden exigir a los tutelantes que reclaman la provisión de un medicamento excluido del POS, haber acudido previamente a los comités técnico científicos de las EPS, como requisito para la procedencia del amparo constitucional.”²⁵

Adicionalmente, frente a esta última regla también se configura un desconocimiento del numeral 1 del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 en el caso en que un funcionario judicial considera improcedente una acción de tutela en el escenario constitucional en el que se ha circunscrito el problema jurídico reseñado, aduciendo que no se ha agotado el procedimiento ante el Comité Técnico Científico cuando por su naturaleza administrativa, obviamente dicha gestión no puede ser considerada como un recurso o un medio de defensa judicial.

Caso concreto

Del material probatorio recaudado en el expediente, se advierte que al señor Luis Antonio Guerrero Díaz del Castillo (q.e.p.d.) le fueron ordenados varios medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud, circunstancia ésta que fundamentó la negativa de la EPS tutelada y que motivó la interposición del reclamo de protección constitucional a través de agente oficioso.

En este sentido, lo que debió hacer el a-quo para resolver el problema jurídico que planteaba el caso del tutelante, era verificar si se cumplían las reglas que ha fijado la Corte Constitucional para inaplicar las normas que excluyen servicios o medicamentos del POS en aras de garantizar los derechos a la vida y a la integridad de una persona que los requiere. Así, la funcionaria judicial debió constatar si: (i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento 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 medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. 26

Nótese, que en el asunto de la referencia resulta por demás contradictorio con la jurisprudencia en vigor de esta Corporación que la funcionaria judicial de instancia se hubiera dedicado en el fallo a examinar lo referente a si la acción era o no procedente, en tanto, al no existir dentro del sistema jurídico colombiano, como en el caso del actor, otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos constitucionales cuyo amparo solicitó, ese

punto no tenía ninguna relevancia y por el contrario sin mayores elucubraciones, sí se constaba el cumplimiento de las cuatro reglas jurisprudenciales expuestas.

Llama la atención de la Sala, la especial concepción de administración de justicia constitucional del juzgado de instancia que utilizó el fallo para informar y aconsejar al actor sobre la forma en que debía proceder para lograr la defensa de los derechos cuya protección inmediata estaba reclamando al juez de tutela, cuando su deber, conforme al artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en aplicación del principio de garantía de la efectividad de los derechos (art. 2 C.P.) y de los que informan el trámite de la acción de tutela (art. 3 Decreto 2591/91) era el de por lo menos analizar de fondo, si la negativa de la EPS tutelada respecto del suministro de los medicamentos e implementos requeridos por el accionante y el no pago de las incapacidades laborales vulneraba o no sus derechos fundamentales.

Además de la inaplicación de la jurisprudencia en vigor del intérprete supremo de la Constitución en el fallo objeto de revisión, se evidencia un claro desconocimiento de las reglas legales que rigen el trámite constitucional de la acción de tutela en tanto el artículo 9º del Decreto 2591 de 1991 expresamente dispone que “no será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela” (Resaltado fuera de texto). De igual manera, se quebrantó la prohibición constitucional de no exigir requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho (art. 84 Superior), en este caso el de la tutela judicial efectiva.

De allí que si el a-quo no hubiera soslayado dichas prescripciones, no le hubiera indicado al peticionario como erradamente lo hizo que éste previamente acudir a la acción de tutela debía agotar el procedimiento ante el Comité Técnico Científico de la EPS tutelada y mucho menos justificando dicha decisión en disposiciones normativas inexistentes. En efecto, advierte la Sala que, sin justificación alguna, en el fallo de tutela se invocan los “Decretos 3797 de 2003 y 2933 de 2006 (sic)”²⁷ que no existen dentro del sistema jurídico colombiano.

En consecuencia, al estar desvirtuadas la totalidad de las consideraciones del fallo objeto de revisión, el mismo será confirmado ante la ausencia del titular de los derechos

constitucionales fundamentales invocados, pero por los argumentos expuestos en esta providencia.

De otra parte, merece un especial cuestionamiento las intervenciones de Coomeva EPS y del Ministerio de la Protección Social-FOSYGA que como autoridades, deben orientar su actividad a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2 C.P.). En este sentido, resulta inexplicable que estando decantadas en la jurisprudencia constitucional las reglas que permiten entender el alcance de los Comités Técnicos Científicos se acuda ante el juez de tutela sosteniendo una posición contraria, sin presentar una argumentación poderosa y suficiente para apartarse de la interpretación que sobre esa materia ha efectuado el supremo intérprete de la Constitución.

Frente a esta situación, en la parte dispositiva de esta providencia, como se ha hecho en otras ocasiones²⁸, se prevendrá a Coomeva EPS para que (i) no se exija a los usuarios la presentación de la solicitud al Comité Técnico Científico como un requisito para el suministro de medicamentos no POS sin perjuicio de su facultad de ejercer el derecho de petición y, (ii) se cumplan las reglas definidas en la Resolución 2933 de 2006 en relación con el procedimiento que debe agotarse para la autorización de medicamentos por parte del Comité Técnico Científico, el cual inicia con la solicitud del médico tratante. Así mismo, se dispondrá que copia de este fallo sea remitido por el juzgado de instancia al Ministerio de la Protección Social - FOSYGA para que conozca las reglas aplicables a casos como el del accionante.

De otra parte, ante las graves consecuencias que para la vida de quienes acuden ante la jurisdicción constitucional con la esperanza de obtener una protección inmediata a sus derechos fundamentales, genera la desafortunada práctica de algunos funcionarios judiciales de no aplicar los derechos fundamentales conforme al entendimiento que en casos análogos lo ha hecho la Corte Constitucional, así como para prevenir lamentables decesos como el del señor Guerrero Díaz del Castillo, esta Corporación remitirá copia de este expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de su competencia, constate si existe alguna responsabilidad de Coomeva EPS por exigir a los usuarios la presentación de la solicitud al Comité Técnico Científico como un requisito para el suministro de medicamentos no POS, como ocurrió en este caso. Lo anterior, a fin de que de ser procedente se apliquen los correctivos que corresponda y se evite que otros afiliados sufran las mismas consecuencias que el fallecido solicitante.

De igual manera, se enviará copia del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que en ejercicio de su función preventiva y en defensa de los intereses de la sociedad (art. 277-3 C.P.) en aras de evitar situaciones como las analizadas en esta oportunidad, indague si presuntamente existe relación entre la errada denegación del amparo constitucional y el lamentable fallecimiento del accionante, adoptando las medidas que correspondan.

Finalmente, se prevendrá a la señora Juez Sirley Serna Díaz, titular del Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá D.C. para que se informe y aplique las reglas jurisprudenciales que han de ser reiteradas en casos futuros, conforme a lo señalado en esta providencia y en cumplimiento de su deber de respeto a la Constitución.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá D.C. dentro de la acción de tutela promovida, mediante agente oficioso, por el señor Luis Antonio Guerrero Díaz del Castillo (q.e.p.d.), pero por los argumentos expuestos en esta sentencia.

Segundo.- PREVENIR al representante legal de Coomeva EPS, so pena de incurrir en desacato, para que dicha entidad, (i) no exija a los usuarios la presentación de la solicitud al Comité Técnico Científico como un requisito para el suministro de medicamentos no POS sin perjuicio de su facultad de ejercer el derecho de petición y, (ii) cumpla las reglas definidas en la Resolución 2933 de 2006 en relación con el procedimiento que debe agotarse para la autorización de medicamentos por parte del Comité Técnico Científico, el cual inicia con la solicitud del médico tratante.

Tercero.- El Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá D.C. remitirá al momento de la notificación al Ministerio de la Protección Social – FOSYGA copia de esta providencia, para los fines indicados.

Cuarto.- Por Secretaría General remítase copia de este expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para los fines indicados en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- Por Secretaría General envíese copia de este expediente a la Procuraduría General de la Nación para los fines indicados en la parte motiva de esta sentencia.

Sexto.- PREVENIR a la señora Juez Sirley Serna Díaz, titular del Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá D.C. para que se informe y aplique las reglas jurisprudenciales que han de ser reiteradas en casos futuros, conforme a lo señalado en esta providencia y en cumplimiento de su deber de respeto a la Constitución.

Séptimo.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 1 del expediente.

2 Folios 2 y 3 del expediente.

3 Folio 46 del expediente.

4 Ibídem.

5 Ibídem.

6 Folio 47 del expediente.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-175 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-699 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

9 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-067 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-243 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-649 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

14 FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Trotta, 2006.

15 Cfr. Resolución 2933 de 2006 proferida por el Ministerio de la Protección Social.

16 Corte Constitucional. Sentencia T-983 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

17 Sentencia SU-640 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-688 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

19 Corte Constitucional. Sentencias T-053 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1164 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1063 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-071 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-227 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-306 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T-464A de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-222 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-411 de 2007 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-572 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-939 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería

20 Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 2007 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

21 Corte Constitucional. Sentencia T-053 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

22 Corte Constitucional. Sentencias T-344 de 2002 M. P. Manuel José Cepeda y T-053 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

23 Corte Constitucional. Sentencia T-1164 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-306 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto.

25 Corte Constitucional. Sentencia T-1063 de 2005. En el mismo sentido en la Sentencia T-071 de 2006 la Corte señaló que: “cuando el Juez de Tutela niegue la protección respecto de los derechos fundamentales reclamados basándose en que el accionante no agotó el trámite administrativo (consultar al Comité Técnico Científico) con el fin de obtener la autorización de la entrega de medicamentos excluidos del POS, tal razón no será atendida por la Corte para negar la tutela.”

26 Corte Constitucional. Sentencias T-872 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-829 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-148 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-249 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-015 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.

27 Folio 46 del expediente.

28 Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.