

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente

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

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Requisitos para ordenar servicios médicos o medicamentos excluidos del POS

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Suministro de terapias ocupacional y del lenguaje por EPS

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Interpretación restrictiva de exclusiones y limitaciones

La observación detenida del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, que regula las exclusiones y limitaciones del POS, muestra que tanto la terapia sicológica como la terapia ocupacional y del lenguaje no se encuentran excluidas en términos absolutos, sino que dependen de las circunstancias en las cuales el servicio requiera ser prestado. Tanto la terapia ocupacional como la terapia del lenguaje se excluyen del POS únicamente en los casos en los que sean parte de un proceso de rehabilitación y no sean necesarias estrictamente para el manejo de la enfermedad y sus secuelas.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-No realizó evaluaciones tendientes a concluir si había lugar o no a exclusión de las terapias/PRINCIPIO PRO HOMINE-Aplicación

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1205887

Acción de tutela instaurada por Sonia Ivette Castiblanco Vargas contra COMPENSAR E.P.S

Magistrado Ponente

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil seis (2006).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia del Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá en segunda instancia, proferida el 9 de septiembre de 2005, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Sonia Ivette Castiblanco Vargas contra COMPENSAR E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela y contestación

1. Hechos

Sonia Ivette Castiblanco Vargas interpuso acción de tutela contra COMPENSAR E.P.S. por considerar que esta entidad ha venido violando los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana y la igualdad de su hija menor, al negarse a prestarle los servicios médicos ordenados por su médico tratante.

La demandante señala que su hija tiene siete años y se encuentra afiliada a COMPENSAR E.P.S como beneficiaria de su padre en el régimen contributivo de salud. A la menor le fue diagnosticado un trastorno del aprendizaje, como consecuencia del cual: “(...) se le dificulta el reconocimiento de los objetos incluido las letras, retiene poca información, lo cual la hace que no tenga una normal memoria que le permita aprehender con facilidad, igualmente presenta problemas en la escritura, como consecuencia de la falta de concentración”.

El médico tratante de la menor, especialista en neurología pediátrica, ordenó “Valoración integral por terapia ocupacional, lenguaje y sicología”. Sin embargo la E.P.S., mediante un formato de negación de servicios de salud, le comunicó a la madre de la menor que estos servicios estaban excluidos del POS (Resolución 5261 del 1994, artículo 18) y que en consecuencia no se los podía prestar. La accionante afirma que carece de recursos económicos para asumir el costo del tratamiento.

1. Pruebas aportadas por el demandante

* Formato de Remisiones, Solicitud y Autorización de servicios de mayo 13 de 2005, en el cual el neurólogo Manuel Benítez del Hierro diagnostica “Trastorno del aprendizaje” y ordena “Valoración integral por terapia ocupacional, lenguaje y sicología”

* Formato de negación de servicios de mayo 13 de 2005 en el cual se describe el servicio no autorizado como “Sicología. Déficit atención. Terapia lenguaje. Terapia ocupacional”, justificado así “Patología no contemplada dentro del plan de beneficios de la ley 100, artículo 18, decreto 526/94 (exclusiones)”

* Estudio de electroencefalografía digital practicado el 4 de abril de 2005.

* Copia de la Cédula de ciudadanía de la demandante

* Copia del carné de beneficiaria de Johana A. Ortiz Castiblanco.

* Informe académico y actitudinal del Colegio CAFAM de Johana A. Ortiz en el cual se especifican las dificultades de la menor en cuanto a los dispositivos básicos de aprendizaje, la lectura, y la escritura, y se recomienda a los padres: “(...) iniciar un tratamiento a nivel de terapia ocupacional y orientación a los padres para realizar un refuerzo adecuado en caso para elevar su motivación y sus procesos”, agrega que “Es adecuado realizar terapias que le permitan mejorar su razonamiento lógico y verbal, necesario para mejorar la comprensión lectora y contenido de su lenguaje, aumentando su vocabulario. Mejorar la atención como dispositivo básico del aprendizaje, fortaleciendo procesos de lectura y escritura ”

* El 23 de enero de 2006 Sonia Ivette Castiblanco Vargas allegó a la Corte Constitucional copia de los siguientes Informes de Evaluación del trastorno del aprendizaje de la menor, realizados por especialistas de la Fundación Niñez y Desarrollo FND Colombia: (i) Informe de Evaluación del Servicio de Terapia Ocupacional; (ii) Informe de Evaluación del servicio de Fonoaudiología; (iii) Informe de Evaluación parcial del Servicio de Sicología; y por último (iii) Informe de Evolución. Todos coinciden en que efectivamente la menor presenta deficiencias en los procesos de aprendizaje y requiere realizar terapias para superar esas dificultades¹.

1. Pruebas decretadas por el juez de primera instancia

El veintiocho de julio de 2005 el Juzgado Veintiocho Civil Municipal solicitó mediante auto a la entidad accionada enviar al despacho “(...) un informe pormenorizado sobre los hechos en que se fundamenta la presente acción” y adicionalmente indicar “(...) los motivos por los cuales se negó el tratamiento a nivel de terapia ocupacional, de lenguaje y orientación sicológica”. Así mismo, solicitó que a la demandante presentar pruebas sobre su situación económica “(...) aportando una declaración extrajuicio que determine la manifestación que hace al respecto, en el numeral 5 de los hechos”.

1.3.1. COMPENSAR E.P.S. intervino en el proceso reconociendo su negativa a prestar los servicios médicos ordenados por el neuropediatra², justificando su actuación en que “(...) éste se encuentra expresamente excluido del Plan Obligatorio de Salud que presta COMPENSAR y al que esta afiliada la menor Johana Ortiz Castiblanco”. Mas adelante agrega que con base en los artículos 95, 48 y 49 de la Constitución, “(...) debe entenderse que todo aquello que exceda los límites del Plan Obligatorio de Salud, deberá ser cubierto por los usuarios directamente o por el Estado – Ministerio de Salud – Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, pues la delegación encomendada por el Estado a las EPS para la prestación de servicios de salud es limitada y por tanto no es su responsabilidad la asunción de procedimientos que excedan los derechos de los usuarios o las coberturas del POS”.

La accionada afirma que la tutela resulta improcedente en el caso concreto puesto que la negación del tratamiento es una actuación legítima, lo cual excluye la procedencia de la tutela según el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991. Finalmente solicita al Juez que decrete la improcedencia de la tutela y, en caso de no prosperar la primera petición, solicita ordenar al FOSYGA el reembolso del dinero que COMPENSAR E.P.S. deba asumir por el tratamiento y que legalmente no le corresponda.

1.3.2. Sonia Ivette Castiblanco presentó una declaración juramentada, prestada ante la Notaría 51 del Círculo de Bogotá realizada el 3 de agosto de 2005, en la cual la afirma “(...) hace dos años que estoy desempleada, no devengo ningún ingreso mensual de ninguna entidad pública ni privada, no recibo renta alguna, no estoy pensionada en ninguna entidad, dependo económicamente de mi compañero y de sus ingresos, nuestros recursos económicos son muy bajos”

1. Decisión del juez de primera instancia

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El 10 de agosto de 2005 el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá profirió fallo de primera instancia concediendo la acción y tutelando los derechos fundamentales a la vida, la salud, la dignidad humana, la integridad física y la igualdad de la menor Johana A. Ortiz Castiblanco y ordenando a la E.P.S. la prestación de los servicios requeridos.

El a quo consideró que si bien el derecho a la seguridad social no es un derecho fundamental, éste puede adquirir ese estatus en ciertas circunstancias , así, “(...) cuando una persona padece una enfermedad como la del presente caso, y que la ha llevado a sufrir padecimientos como los mencionados en los hecho de tutelas; aquella atención médica asistencial debe ser aún más pronta y sometida a la menor cantidad de rigores posibles,

pues un padecimiento de tal naturaleza, afecta no sólo en la esfera corporal del individuo, sino que puede traer consecuencias en su órbita espiritual y en su mismo contorno.”. Agregó que también ampara a la menor el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos.

Por otra parte, el juez de primera instancia consideró que la negativa de la E.P.S. a prestar las terapias ordenadas por el médico constituye una violación de su derecho fundamental a la educación, relacionado íntimamente con el derecho a la igualdad de la menor. Al respecto se señala en la providencia: “El aceptar que por no tener recursos, no pueda exceder (sic) a las terapias que requiere la menor, sería dejar a la niña en la casa, reduciendo sus posibilidades de contacto con los demás y con buena parte del mundo exterior y proporcionándole las condiciones para que reafirme su convicción de ser diferente y para que los demás asuman que en verdad lo es, incurriendo en el riesgo de la estigmatización”.

3. Impugnación de la decisión

La accionada impugnó la decisión de primera instancia y, además de reiterar los argumentos esgrimidos en la contestación a la demanda, agrega que el juez de primera instancia en el numeral 2 del resuelve, en donde se ordena la inaplicación de las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 “(...) en cuanto restringen la posibilidad de efectuar el tratamiento que requiere la menor”, da una orden genérica hacia el futuro y, a juicio de la E.P.S., el juez de tutela no puede fallar sobre hechos futuros que aún no han sucedido. Sin embargo, la accionada no explica cuáles fueron los hechos futuros con base en los cuales el juez de tutela decidió.

Por último, en el escrito de impugnación se solicita “Se sirva tener en cuenta que el señor Juez de primera instancia ordena “cuyo monto no pueda ser asumido por la progenitora”, asunto que no tiene como determinar la E.P.S., por lo que le solicitó al señor juez se sirva

aclarar lo relacionado con este punto". Sobre este punto la Sala de Revisión aclara que en la parte resolutiva de la sentencia proferida por el juez de primera instancia no fue posible identificar esta orden concreta.

4. Decisión de segunda instancia

La segunda instancia en el proceso de tutela correspondió al Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, el cual, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2005, revocó el fallo de primera instancia y negó el amparo solicitado.

Para el juez de segunda instancia no es clara la necesidad médica del tratamiento, según este el juzgado "(...) no puede ordenar a una E.P.S. prestar un servicio de terapia ocupacional, lenguaje y psicología, por cuanto la sintomatología que actualmente padece la niña es propia de los problemas de aprendizaje que se deben al déficit de atención y concentración, mal podría este Despacho ordenar tratamientos médicos de los cuales falta precisión en la obligación que se le esta imputando a la accionada y se carece de un asidero técnico que permita dar órdenes de esta índole, a costas del FOSYGA". Para el ad quem es necesario racionalizar los recursos del FOSYGA y por tanto no se deben ordenar gastos innecesarios a su costa.

El Juez analizó si en el caso concreto se cumplían los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado para la inaplicación de las exclusiones y limitaciones del POS, concluyendo que las terapias sicológica, ocupacional y del lenguaje (ii) no tienen un sustituto que si se encuentre incluido en el POS y (iii) fueron prescritas por un médico adscrito a la E.P.S.. Con todo, para el juez (i) no es claro que la ausencia del tratamiento ponga en riesgo la vida o la integridad física de la menor, y (iv) aunque la madre de la menor presentó una declaración juramentada afirmando que carece de recursos económicos, no existen pruebas adicionales que sustenten dicha afirmación. La conclusión de dicho análisis

es pues, que no se cumplen los requisitos para inaplicar la exclusión de los tratamientos ordenados por el médico a la menor.

II. Consideraciones y Fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos a resolver

De acuerdo con los antecedentes narrados, corresponde a esta Sala decidir si se violan los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana y la igualdad de una menor de 7 años que padece un trastorno del aprendizaje, con la negativa de la E.P.S. de prestar el tratamiento de terapia sicológica, ocupacional y del lenguaje ordenada por el médico tratante para garantizar su salud.

Para resolver el problema jurídico planteado, se procederá a reiterar la jurisprudencia sobre (i) el derecho fundamental a la salud de menores de edad; (ii) las condiciones generales establecidas por la jurisprudencia para la prestación de tratamientos médicos no incluídos en el Plan Obligatorio de Salud, y por último (iii) se harán algunas consideraciones acerca de la

interpretación restrictiva de la exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud y la aplicación del principio Pro Homine en los casos de duda.

3. Reiteración de jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud de los menores de edad

El derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos como la vida, la integridad física y la seguridad social, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás. La Constitución de 1991 quiso dar una protección especial a ciertos sujetos en ciertos ámbitos, como por ejemplo a los indígenas en su participación en el Senado de la República (artículo 171) o a las mujeres en los niveles decisarios de la administración pública (artículo 40). En el campo de la salud, uno de los grupos a los que el constituyente decidió brindarle una protección especial es a los niños³. Aún por fuera del caso específico de la salud, en términos generales los niños y las niñas son sujetos constitucionales de protección especial y merecen, en consecuencia, un especial cuidado en todos los ámbitos por parte del Estado, la sociedad y la familia.⁴

El fundamento constitucional de estas consideraciones, se encuentra en el artículo 44 de la Constitución que señala expresamente: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...). La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. También el artículo 13 ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.⁵

Como respaldo al tratamiento especial del derecho a la salud de los niños en el derecho interno, existen instrumentos internacionales que les otorgan el estatus de sujetos de protección especial y, específicamente en el campo de la salud, reconocen el derecho a la

salud de los menores como fundamental, entre ellos estan:

(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que “[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

(3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2º del artículo 12 del citado pacto se establece: “a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para “la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

(4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma,

religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

(6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido uniforme⁶ en considerar que la negativa de las entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos excluidos del POS a menores de edad, es claramente una vulneración de sus derechos fundamentales cuando éstos han sido ordenados por el médico tratante y son necesarios para preservar la salud del menor.

4. Reiteración de jurisprudencia sobre condiciones para la prestación de servicios no incluídos en el Plan Obligatorio de Salud

Si bien en el presente caso, como se advirtió, se trata del derecho a la salud de un menor de edad, caso en el cual la negativa de la E.P.S. a suministrar el tratamiento ordenado por el médico tratante se constituye sí misma en una violación del derecho fundamental a la salud, esta Sala desea aclarar que, contrario a lo que consideró el juez de segunda instancia, Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, sí se cumplen todos los requisitos generales establecidos por la jurisprudencia para considerar que se desconoce el derecho con la

negativa de la E.P.S. a prestar servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud. Esta hipótesis de vulneración de los derechos fundamentales, se configura cuando (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; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.⁷

Tal y como lo señaló el ad quem las terapias sicológica, ocupacional y del lenguaje (ii) no tienen un sustituto que sí se encuentre incluido en el POS y que permita su reemplazo sin causar traumatismos en el proceso de recuperación de la menor; y (iii) fueron prescritas por un médico adscrito a la E.P.S.. Sin embargo, se equivoca el juez al considerar (i) que existen dudas acerca de la afectación de la vida y la integridad física de la menor como consecuencia de la no realización de las terapias indicadas por el neuropediatra, ya que es claro que ésta padece un trastorno del aprendizaje que le impide el pleno desarrollo de sus capacidades cognitivas, tal y como lo afirma el informe del colegio donde estudia la menor y los informes de evaluación realizados en la Fundación para el Desarrollo y la Niñez FND Colombia, descritos ambos con detalle en el acápite de pruebas. Además, los expertos estiman que la normalización de sus habilidades depende de ejercicios continuos para superar sus falencias en los procesos de aprendizaje.

También se equivoca Juez Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá al considerar que (iv) es insuficiente la declaración extrajuicio aportada por la accionante en la que, bajo la gravedad de juramento, afirma: “(...) hace dos años que estoy desempleada, no devengo ningún ingreso mensual de ninguna entidad pública ni privada, no recibo renta alguna, no estoy pensionada en ninguna entidad, dependo económicamente de mi compañero y de sus ingresos, nuestros recursos económicos son muy bajos”, ya que esta fue la prueba solicitada por el Juez de primera instancia y, adicionalmente, en el expediente existe una copia del

carné de afiliación de la menor en el que se constata que pertenece al estrato 1. Ni la E.P.S., ni el mismo Juez, realizaron ningún esfuerzo por controvertir las pruebas de la accionante y demostrar su solvencia.

5. Interpretación restrictiva de las exclusiones y limitaciones del POS y aplicación del principio Pro Homine

La observación detenida del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, que regula las exclusiones y limitaciones del POS, muestra que tanto la terapia sicológica como la terapia ocupacional y del lenguaje no se encuentran excluidas en términos absolutos, sino que dependen de las circunstancias en las cuales el servicio requiera ser prestado.

La exclusión de la terapia sicológica se encuentra estipulada en el literal J del artículo así: “Tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia prolongada. No se excluye la psicoterapia individual de apoyo en la fase crítica de la enfermedad, y solo durante la fase inicial; tampoco se excluyen las terapias grupales. Se entiende por fase crítica o inicial aquella que se puede prolongar máximo hasta los treinta días de evolución”. Según esto, la regla general es la exclusión de la terapia sicológica, salvo en aquellos casos en los que ésta se pueda prolongar máximo hasta los treinta días.

Por su parte las terapias ocupacional y del lenguaje, si bien no se encuentran expresamente excluidas en el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 se pueden entender como parte de una exclusión más amplia como la contemplada en el literal J8 “Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas”. Según esto, tanto la terapia ocupacional como la terapia del lenguaje se excluyen del POS únicamente en los casos en los que sean parte de un proceso de rehabilitación y no sean necesarias estrictamente para el manejo de

la enfermedad y sus secuelas.

Ahora bien, antes de negar el servicio de terapia sicológica, la E.P.S. no realizó ninguna evaluación que demostrara que la terapia requerida por la menor era superior a treinta días y por lo tanto se encontraba excluida del POS según la regla del artículo 18, sino que se limitó a negarla sin consideraciones adicionales y sin la evaluación del caso concreto. En cuanto a las terapias ocupacional y del lenguaje tampoco evaluó las condiciones del caso concreto para concluir si se trataba o no de un caso de rehabilitación y había por tanto lugar a la exclusión.⁹

En estos casos, en los que la exclusión depende de la constatación de la existencia de unas condiciones en el caso concreto, la E.P.S. tiene la obligación de adelantar dicha verificación antes de negar la prestación del servicio médico o del medicamento. Luego, si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio *pro homine*, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona¹⁰. Por ello, una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con dicho principio.

Por lo anterior, en la parte resolutiva de esta sentencia, la Corte ordenará a COMPENSAR E.P.S. que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, autorice el inicio de las terapias ordenadas por el médico tratante. Respecto a las terapias ocupacional y del lenguaje no autorizará a la entidad a repetir contra el FOSYGA ya que se trata de servicios incluídos en el POS que debieron ser prestados oportunamente, puesto estos servicios no fueron ordenados en el contexto de una rehabilitación. En cuanto a la terapia sicológica tampoco autorizará a COMPENSAR E.P.S. a repetir contra el FOSYGA, salvo en el evento de que las terapias necesarias ordenadas por el médico tratante excedan los treinta días, caso en el cual se podrá repetir por el costo del tiempo adicional.

III. DECISION

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Primero.- Revocar la sentencia proferida por Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá y en su lugar Conceder la tutela de los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana y la igualdad de la menor Johana Alejandra Ortiz Castiblanco.

Segundo.- Ordenar a COMPENSAR E.P.S. que si aún no lo ha hecho, en el término de 48 contados a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice el inicio de las terapias sicológica, ocupacional y del lenguaje ordenadas por el médico tratante.

Tercero.- Reconocer que COMPENSAR E.P.S. podrá repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá notificará esta sentencia dentro del término de cinco días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

Quinto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Informe de Evaluación del Servicio de Terapia Ocupacional: “Concepto ocupacional. De acuerdo con los resultados de la valoración de Johana presenta un desempeño sensorintegrativo con leves dificultades en las respuestas adaptativas a los diferentes estímulos táctil, vestibular, propioceptivo y visual ya que se torna pasiva e hiporeactiva ante los estímulos; a nivel motor grueso se en cuanta acorde con sus edad cronológica, no obstante demanda apoyo unilateral en actividades que requieren equilibrio; en cuanto a motricidad fina se evidencian fallas en el coloreado con respecto a la uniformidad del color; a nivel cognitivo – perceptual presenta dificultades de atención y observación ya que no retiene y evoca con fluidez información presentada de manera visual concluyendo que Johana presenta un desempeño ocupacional funcional en actividades de la vida diaria y semifuncional leve ya que puede presentar dificultades en su desempeño ocupacional escolar.” Informe de Evaluación del Servicio de Fonoaudiología “Concepto Fonoaudiológico. Johana Alejandra presenta unos niveles de desempeño lingüístico y comunicativo acordes con lo esperado para su edad cronológica (7 años y 11 meses) tanto a nivel comprensivo como a nivel expresivo. No obstante demuestra dificultades leves relacionadas con procesos de fluidez verbal del lenguaje y con dispositivos básicos para el aprendizaje que pueden estar

incidiendo en su desempeño escolar". Informe de Evaluación Parcial del Servicio de Sicología: "Johana Alejandra presenta bajo nivel de atención y concentración, sin embargo, tiene buena capacidad de atención a los detalles, organización de secuencias, coherencia en su pensamiento.(..) Durante las sesiones se muestra actitud y disposición adecuada, no reconoce características generales de sí misma, gustos y algunas de sus cualidades, presenta dificultad para reconocer y expresar sentimientos.(...) Con respecto a su autonomía, tiende a solicitar aprobación de un adulto durante su desempeño, es necesario compañía permanente en el cumplimiento de sus obligaciones; se observa dificultad en la toma de decisiones sencillas (...)"

2 En la primera parte del escrito de contestación COMPENSAR E.P.S. se refiere a la terapia sicológica, ocupacional y del lenguaje, pero más adelante, y en la mayor parte del escrito, los argumentos se refieren textualmente a un trasplante de riñón lo cual genera confusión en la lectura del escrito, sin embargo, se expondrán los argumentos suponiendo que se refieren a las terapias requeridas por la menor y no al trasplante de riñón señalado textualmente en el escrito.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-1279 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Algunos casos en los cuales la Corte ha considerado que los niños son sujetos de protección especial: Corte Constitucional, Sentencia T-397 de 2004 (MP Manuel José Cepeda); T-943 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-510 de 2003 (MP Manuel José Cepeda); T-864 de 2002 (Alfredo Beltrán Sierra); T-550 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra).

5 Artículo 13 de la Constitución Política: "(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

6 En diversas ocasiones la Corte Constitucional ha considerado el derecho a la salud de los niños como fundamental, algunos de estos casos recientes son: T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil) en la que la Corte consideró que la negativa de la E.P.S de proporcionar unos audífonos digitales de alta potencia a un menor, con la excusa de que se encontraban excluidos del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud; T-365 de 2005 (MP Clara Inés Vargas) en la que la Corte consideró que la negativa de la E.P.S. a practicar una Artro Resonancia de cadera izquierda a un menor, con la excusa de que se encontraba

excluida del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud T-646 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra) el la cual la Corte consideró que la negativa de la E.P.S. a suministrar un medicamento para combatir una Rinitis Alérgica, reflujo, hipertrofia Adenoidea a un menor, con la excusa de que se encontraba excluido del POS, era violatorio de su derecho fundamental a la salud.

7 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la práctica del servicio requerido (examen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la carencia de recursos para satisfacerlos.” Esta decisión, defendida por la jurisprudencia constitucional desde su inicio [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-548 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón)], sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis)].

8 Las dos exclusiones citadas corresponden al literal J del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 lo cual corresponde a un error de digitación del documento oficial de la resolución.

9 Las tres terapias se encuentran codificadas en el POS: terapia sicológica 35103 (artículo 88); terapia ocupacional 29113 (artículo 84); terapia del lenguaje 29114 (artículo 84). La exclusión de estos servicios tampoco puede ser entendida a partir de la cláusula general de exclusiones del artículo 18, según la cual no hacen parte del POS: “Actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual”.

10 La Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio pro homine, por ejemplo, como regla interpretativa de la convenciones internacionales se ha señalado que “(...) en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos”, Sentencia C-251/97 (M.P Alejandro Martínez Caballero). Ver también: Sentencia C-148 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis) y C-318 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz).