

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas. El artículo 44 de la Constitución enuncia que los “derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” De igual manera, el ordenamiento jurídico colombiano ha dispuesto la prevalencia del interés superior del menor pues ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y ha promulgado la Ley de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, las cuales prescriben este principio. Por ese motivo se considera que la acción de tutela es un mecanismo idóneo y efectivo para salvaguardar los derechos de las niñas y los niños ante su eventual vulneración o amenaza

PRESTACION DE MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL EN MATERIA DEL DERECHO A LA SALUD-Alcance

DERECHO A LA SALUD DE MENOR EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS-S suministre tratamiento integral para conjurar enfermedad originada por malformación en su cerebro

Referencia: expediente T-2852934 Acción de tutela instaurada por Diana Paulina Serrano Orozco en representación de su hija menor de edad Diana Marcela Martínez Serrano contra Mutual Ser EPS.

Magistrado Ponente:

Juan Carlos Henao Pérez

Federico Suárez Ricaurte

Bogotá, DC., siete (7) de febrero de dos mil doce (2012).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla, el veintinueve (29) de julio de dos mil diez (2010), dentro de la acción de tutela instaurada por Diana Paulina Serrano Orozco en representación de su hija menor de edad Diana Marcela Martínez Serrano contra Mutual Ser EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El 2 de julio de 2010, la señora Diana Paulina Serrano Orozco, actuando como agente oficiosa de su hija, Diana Marcela Martínez Serrano, quien se encuentra afiliada a MUTUAL SER EPS-S en calidad de beneficiaria, interpuso acción de tutela contra tal entidad, ante su negativa de suministrar los medicamentos prescritos por el medico tratante.

1.2. Afirma la actora que Diana Marcela Martínez Serrano desde su nacimiento, el 20 de junio de 2009, ha padecido de una enfermedad originada por una malformación en el cerebro, presentando “un cuadro clínico caracterizado por convulsiones crónicas de aproximadamente 2 horas seguidas acompañadas de fiebre” (F. 66), y que según la accionante, “ha afectado su calidad de vida, mas aún por su corta edad” (F. 59).

1.3. El 2 de noviembre de 2010, el médico tratante diagnostica que la menor Diana Marcela Martínez Serrano padece de epilepsia refractaria, y debido a dicha enfermedad le fueron ordenados por el neuropediatra, Nicolás Lasa Gutiérrez, los medicamentos Topamac 25mg Tab, Lamotrigina 25mg Tab, Acido Valproico 250mg y Clonazepam Solución oral. (F. 67) El Comité Técnico Científico, solo autorizó los medicamentos Topamac 25mg Tab y Lamotrigina 25mg Tab, por el término de 3 meses.

1.4 Afirma la accionante, que acudió nuevamente ante el Comité Técnico Científico para que le autorizaran por otros 3 meses los medicamentos, pero únicamente le autorizaron la Lamotrigina 25mg Tab, aduciendo, “que la justificación estaba mal realizada por el medico, que tenia falencias, y que por tal motivo, se envió directamente al Hospital Pediátrico donde la atienden, para que el médico realizar (sic) la corrección” (F. 60). Razón por el cual, la actora considera que la menor “se encuentra expuesta a sufrir desenlaces fatales en su

proceso vital, dado que no se ha podido suministrar los medicamentos especializados, en virtud de que no ostentamos los recursos económicos necesarios para sufragar esta enfermedad” (F. 60).

1.5. La accionante sostiene que “los costos para esta enfermedad, son altos y no nos encontramos en capacidad económica de costear el tratamiento.” Desde el 30 de julio de 2009 está afiliada al régimen subsidiado de salud en el nivel 1. Acorde a dicha situación personal, las pretensión preliminar de la accionante fue la adopción de una medida provisional “para que mi hija Diana Marcela Martínez Serrano de inmediato se le preste de manera integral todos los servicios y atenciones que requiere su enfermedad, so pena de que la salud se desmejore y la vida se encuentra en peligro con cobertura plena por parte de EPS Mutal Ser” (F. 62). Además solicitó que se le ordene “el tratamiento integral de la enfermedad Malformación Cerebral el suministro de elementos, medicamentos, estancias e insumos NO POS que amerite para la curación de la enfermedad” (F. 62).

1.6. El 2 de julio de 2010, el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Barranquilla, decretó medida provisional ordenando al gerente de Mutal Ser EPS-S, “que de manera inmediata autorice y entregue los medicamentos denominados topirameto 25mg, requeridos por la menor, Diana Marcela Martínez Serrano , “en los términos y dosis prescritos por el medico tratante (...) exonerándose del copago y porcentajes de cuotas moderadoras a la accionante” (F. 134).

2. Respuesta de las entidades demandadas

2.1. Mutal Ser EPS-S. Empresa Solidaria de Salud.

La entidad demandada, mediante escrito presentado el 12 de Julio de 2010, solicitó “absolver de la presente acción de tutela a la Asociación Mutal Ser EPS-S. Sin embargo, subsidiariamente le solicitamos que en caso que su señoría (sic) tenga a bien amparar los derechos impetrados por el accionante, (...) que ello recaiga sobre el Ente territorial, (...)”, por cuanto considera que los medicamentos Topamac 25mg Tab, Lamotrigina 25mg Tab y Clonazepam Solución oral “no esta[n] (sic) contemplado[s] dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado” y entonces” los servicios que no se encuentran allí descritos deben ser asumidos por la Secretaria Distrital de Salud del Atlántico”. En cuanto a “los demás medicamentos”, afirma que no han sido valorados por el Comité Técnico Científico

porque “la tutelante no se ha acercado con los soportes exigidos por la ley” (F. 73).

2.2. Alcaldía de Barranquilla. Oficina Jurídica.

2.1. El 22 de julio de 2010, la Alcaldía de Barranquilla presentó escrito solicitando que “se absuelva de cualquier responsabilidad a la Alcaldía Distrital de Barranquilla y la Secretaria de Salud Publica Distrital de Barranquilla ya que no tiene ningún sentido su vinculación como conculcadores de derecho alguno (...), por lo que solicitó se declare la IMPROCEDENCIA de esta en cuanto hace relación con la Alcaldía y la Secretaria de Salud (...) y s e ordene a la EPS-S accionada Asociación Mutal SER para que de manera integral y continua preste la atención requerida por la menor (...) y si a bien lo tiene el ínclito Juez Constitucional que efectué (sic) el Recobro al Fosyga a la subcuenta respectiva” (F. 92).

2.2 El ente accionado consideró que ni la Alcaldía ni la Secretaria de Salud “son los que legalmente deben responder (...)por la simple razón, que la situación que presenta el Accionante Beneficiario (...) no guarda relación con acciones u omisiones de la Administración Distrital y de la Secretaria de Salud Publica Distrital de Barranquilla” (F 82). Finalmente, considera que la EPS debe responder ya que “como aseguradora que es, de ninguna manera puede privarle del Servicio requerido al paciente Asegurado, teniendo en cuenta que su negación atenta directamente contra la calidad de vida del asegurado, no importando si coloca o no en riesgo la vida del mismo, debido a que se trata de la entrega de unos medicamentos para el mejoramiento de la salud integral de la paciente”. (F. 17)

3. Pruebas

En el expediente constan los siguientes documentos relevantes:

Allegadas por la demandante:

- Copia de la cédula de ciudadanía de Diana Paulina Serrano Orozco. (F. 65)
- Copia del carnet de afiliación a Mutal Ser de Diana Marcela Martínez Serrano (F. 65), donde consta que se encuentra afiliada desde el 30 de julio de 2009, con número de ficha Sisben 28107 y que hace parte del nivel 1 del régimen subsidiado.
- Copia de la fórmula médica prescrita por el neuropediatra Nicolás Laza Gutiérrez de

Caprecom, realizada el 2 de noviembre de 2010, en donde prescribe que la menor Diana Marcela Martínez Serrano padece de Epilepsia refractaria y le prescribe los medicamentos Topiramato 25mg, Lamotrigina 25mg Tab (cada 8 horas), Acido Valproico 250mg (3 veces por día) y Clonazepam solución oral, medicamentos que “no puede suspender” y que debe tomar diariamente. (F. 67)

- Copia del Registro Civil de Nacimiento de Diana Marcela Martínez Serrano, que certifica su fecha de nacimiento el 20 de junio de 2009. (F. 64)

- Copia de la epicrisis clínica realizada por Caprecom el 23 de abril de 2010 a la menor Diana Marcela Martínez Serrano (F. 66), en el que consta que tiene epilepsia refractaria desde su nacimiento, y que presenta un cuadro clínico caracterizado por convulsiones crónicas de aproximadamente 2 horas seguidas acompañadas de fiebre.

Allegadas por Mutua Ser EPS-S:

- Copias de órdenes de autorización por parte de Mutua Ser EPS-S del medicamento Ácido Valproico 250 mg (Cantidad 5) de fechas de 18 de enero de 2010, 29 marzo de 2010 y 27 julio de 2010, cuya beneficiaria es Diana Marcela Martínez Serrano. (Folios 156, 157 y 158)

- Copia del recibo de pago de los medicamentos (Ácido Valproico por valor de 5.500, Lamotrigina 100mg por valor de 101.000, y Topamac 50mg por valor de 177.400), por parte de la EPS de fecha de julio 8 de 2010, por un total de 283.000. (Folios 124 y 125)

- Copia del memorial de Mutua Ser EPS-S, del 9 de julio de 2010, en donde consta que se hace entrega de los medicamentos Topiramato 50mg Tab, Lamotrigina 100mg Tab y Acido Valproico 250mg a la accionante, en virtud de la medida provisional decretada en el trámite de tutela ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla. (F. 126)

- Copia de fórmula del médico tratante de la IPS Caprecom de 23 de abril de 2010, donde se le prescribe Topiramato 50mg Tab en la cantidad de 28 tabletas por 20 días, Lamotrigina 100mg Tab en la cantidad de 30 tabletas por 40 días y Acido Valproico 250mg por 26 días. (F. 153)

- Copia de formula del médico tratante de la IPS Caprecom del 23 de abril de 2010, donde se le prescribe Clonazepam Solución oral.
- Copias de órdenes de autorización por parte de Mutual Ser EPS-S de los medicamentos de Topamac 50mg Tab (cantidad 120), Lamotrigina 100mg Tab (cantidad 90) de fechas de 1 de septiembre de 2010, y 7 de Noviembre de 2010 (F. 155, 162).
- Copia de orden de autorización por parte de Mutual Ser EPS-S de los medicamentos de Topamac 50mg Tab (cantidad 28), Lamotrigina 100mg Tab (cantidad 30) de fechas de 27 de julio de 2010 (F. 161).
- Copia de orden de autorización por parte de Mutual Ser EPS-S de los medicamento de Lamotrigina 100mg Tab (cantidad 30) de fecha de 29 de marzo de 2010. Donde consta que este medicamento fue aprobado por 3 meses, y en la que afirma que es la primera entrega. (F.159).
- Copia de orden de autorización por parte de Mutual Ser EPS-S del medicamento de Lamotrigina 100mg Tab (cantidad 30) de fecha de 6 de mayo de 2010. Donde consta que este medicamento fue aprobado por 3 meses, y en la que se afirma que es la segunda entrega. (F. 160)

3.3 Allegadas por la oficina jurídica del Alcalde Distrital de Barranquilla:

- Oficio de la Alcaldía Distrital de Barranquilla. (Fs. 29, 30)
- Documento de información de afiliados del Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA. (Fs. 31 32)
- Copia de registro único de afiliados a la protección social RUAF del Ministerio de la Protección Social. (F. 33)
- Oficios en los que consta que Diana Marcela Martínez Serrano hace parte del Nivel 1 del SISBEN, fue afiliada el 30 de julio de 2009 a Mutual Ser EPS y cuenta con subsidio pleno.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia. Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla.

Por medio de providencia proferida el 29 de Julio de 2009, el juez de instancia decidió no tutelar el derecho invocado por la demandante ya que:

“se desprende que la EPS Mutual Ser tiene la obligación legal y constitucional de suministrar los medicamentos, y de su respuesta se puede deducir que efectivamente lo hizo (sic) ya anexa orden de suministro, además el suscrito llamo (sic) al señor padre de la menor y confirmó que ya la orden fue expedida, razón por la cual este despacho declara que (sic) no tutelar el derecho invocado por sustracción de materia.”

Por haber cumplido el objeto de la presente acción al haberse decretado Medida Provisional, el juzgado autorizó a “Mutual Ser para que recobre al FOSYGA, los dineros que en exceso haya incurrido.”

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISION

Mediante Auto proferido el 18 de febrero de 2011, se declaró la apertura del proceso de reconstrucción del expediente T-2.852.934, mediante el cual se oficio a la señora Diana Paulina Serrano Orozco, a Mutual Ser EPS-S, a la oficina jurídica del Alcalde de Barranquilla, y al Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla, para que allegaran al presente despacho los documentos relacionados con el presente asunto y que hubieren aportado en el respectivo trámite de la tutela, y otros documentos u oficios que consideren pertinentes para la reconstrucción del expediente. Igualmente, se dispuso suspender los términos del presente proceso de tutela hasta que se completara la información requerida, las nuevas pruebas pedidas y se culminare la evaluación de las mismas.

Mediante Auto proferido el 16 de enero de 2012 se ordenó reconstruir el expediente T-2.852.934 y conformar el expediente contentivo de la acción de tutela de la referencia en un cuaderno con 165 folios, en el entendido de que los documentos aportados por la Alcaldía Distrital de Barranquilla, la EPS-S Mutual Ser y el Juzgado Primero Penal Municipal de Barranquilla comprendían los documentos que inicialmente reposaban en el expediente. La señora Diana Paulina Serrano Orozco no contestó el requerimiento realizado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio del auto del veintisiete 27 de octubre de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección Número Diez.

Problema jurídico

La Sala Tercera de Revisión debe determinar si la EPS-S Mutual Ser vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor Diana Marcela Martínez Serrano por cuanto se negó a suministrar de manera permanente y continua los medicamentos Topamac 25mg Tab, Lamotrigina 25mg Tab, Acido Valproico 250mg y Clonazepam solución oral, los cuales fueron prescritos por el médico tratante, en tanto que éstos estaban excluidos del Plan Obligatorio de Salud, POS. De igual manera, la accionante expresa que la situación de salud de su hija es delicada, motivo por el cual requiere la atención integral de parte del sistema de salud. En caso de que esta Sala concluya que tales medicamentos deban ser suministrados, o de que el tratamiento integral deba ser ordenado, también se tendrá que precisar el sujeto obligado a cancelarlos, de tal manera que tendrá que decidir si en este caso la entidad promotora de salud del régimen subsidiado está autorizada a ejercer la facultad de recobro y ante quién la efectúa.

El orden que adoptará la Sala Tercera de Revisión para resolver el problema jurídico objeto de estudio es el siguiente: i) Procedencia de la acción de tutela respecto al derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas. Reiteración de jurisprudencia; ii) Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Reiteración de jurisprudencia; iii) El principio de atención integral en materia del derecho a la salud y iv) la solución del caso concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela respecto al derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas. Reiteración de jurisprudencia.

1.1. La Corte Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones¹ el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas. El artículo 44 de la Constitución enuncia que

los “derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” De igual manera, el ordenamiento jurídico colombiano ha dispuesto la prevalencia del interés superior del menor pues ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño² y ha promulgado la Ley de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, las cuales prescriben este principio. Por ese motivo se considera que la acción de tutela es un mecanismo idóneo y efectivo para salvaguardar los derechos de las niñas y los niños ante su eventual vulneración o amenaza.

1.2. En este sentido en la Sentencia T-695 de 20073, que versaba sobre un menor autista al que la EPS le negaba el tratamiento de rehabilitación integral por considerar que se encontraba excluido del plan obligatorio de salud, POS, la Corte amparó los derechos fundamentales del menor y reiteró su jurisprudencia sobre protección especial de los niños y las niñas, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás.⁴ Esta regla encuentra su fundamento 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” ⁶

1.3. En la sentencia T-760 de 2008 la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud. Con relación al valor normativo que tienen los derechos de los niños indicó:

“La Constitución Política, para proteger a los menores, reconoce a sus derechos categoría y valor especiales. Por una parte se considera que son fundamentales, lo cual afecta tanto el contenido del derecho como los mecanismos aceptados para reclamar su protección. Por otra parte se les otorga especial valor al indicar que ‘los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás’ (art. 44, CP). Concretamente, se reconoce su derecho fundamental a la salud.⁷ Las medidas de protección especial que se debe a los menores

deben tener por finalidad garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos. El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.⁸⁹

1.4. La otra regla que se afianzó en esta sentencia, consiste en que para analizar la procedencia de la acción de tutela en los casos de vulneración o amenaza del derecho fundamental a la salud de los niños o las niñas, no se requiere que medie afectación de otro derecho fundamental. Dentro del ámbito de aplicación del derecho fundamental a la salud cobra particular relevancia la atención adecuada y efectiva de los menores de edad:

“4.5.2.1. La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’,¹⁰ debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.¹¹ En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.¹²”

2. Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Reiteración de jurisprudencia.

2.1. La Corte Constitucional ha distinguido dos grupos en los cuales se presentan controversias sobre el derecho a la salud: cuando la vulneración o amenaza versa sobre un medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y cuando la vulneración o amenaza versa sobre procedimiento o medicamento que no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud, NO POS. La Corte ha establecido reglas jurisprudenciales para los dos tipos de controversias, las cuales deben ser verificadas por los jueces de tutela al momento de conceder o denegar el amparo en materia de derecho a la salud.

“Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está

incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.”¹³

2.2. Respecto de procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha fijado las siguientes reglas:

“Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación (sic) la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud.¹⁴ Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, 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.’¹⁵ En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,¹⁶ como en el régimen subsidiado,¹⁷ indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,¹⁸ a la enfermedad que padece la persona¹⁹ o al tipo de servicio que ésta requiere.²⁰’²¹”²²

2.3. Estas reglas también se han empleado para casos que, como el actual, versan sobre niñas y niños que han padecido epilepsia. En la sentencia T-1166 de 2005, la Corte conoció de un caso en el cual el padre del menor que padecía dicha enfermedad, entre otras, demandó a Famisanar EPS por negarse a suministrarle el medicamento Kepra (levetiracetam), con los argumentos según los cuales, en primer lugar, dicho fármaco no se

encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud y en segundo lugar, porque el mismo no estaba indicado por el INVIMA para el cuidado de menores de edad.

2.4. Al margen de la consideración realizada con relación a la conveniencia o no de dicho medicamento, el cual fue avalado con base en apreciaciones de índole médica y científica, los argumentos jurídicos fueron expuestos con relación a la teoría que en ese momento existía sobre los 4 requisitos que debían existir para suministrar medicamentos o practicar tratamientos que no se encontraban incluidos en el plan obligatorio de salud:

“Es así como en el presente caso, con relación a la falta de recursos económicos para costear el medicamento KEPPRA, el accionante manifestó en su escrito de tutela que no cuenta con recursos económicos suficientes para costear el mencionado fármaco, afirmación que en ningún momento fue desvirtuada por la entidad demandada.

Por último, en cuanto al requisito según el cual el medicamento excluido del plan obligatorio de salud debe haber sido ordenado por el médico tratante adscrito a la entidad demandada, se tiene que el medicamento KEPPRA fue ordenado por el Doctor Juan Carlos Pérez de la Fundación Cardio-infantil y avalado por la Doctora Neuropediatra de la Clínica Colsubsidio Martha C. Piñeros, adscrita a la entidad demandada FAMISANAR.

No duda entonces la Sala en considerar, que se dan los supuestos de hecho existentes para la inaplicación de la normatividad que rige el Plan Obligatorio de Salud, puesto que en primer lugar, con el no suministro del medicamento KEPPRA se está amenazando el derecho a la vida e integridad física del menor ocasionando deterioro en su estado de salud e impidiendo que la vida se desarrolle en condiciones dignas.”

2.5. Una sentencia más reciente sobre el tratamiento que se le ha practicado a menores que sufren de epilepsia es la T-565 de 2010. En esa providencia se ahondó sobre los efectos de las terapias (musicoterapia, animal terapia, equinoterapia) prescritas por un médico externo a la EPS demandada y a la cual se encontraba afiliado el accionante. De las pruebas obtenidas en sede de revisión, coligió que las terapias eran favorables para el estado de salud del demandante y, de conformidad con esa información, ordenó que se las practicasen a efectos de garantizar su derecho a la salud. La Sala de Revisión respectiva sostuvo que las personas tienen derecho a recibir el tratamiento de salud que se requiera con necesidad, en los términos de la sentencia T-760 de 2008, para señalar que la accionante, menor de edad y

con discapacidad merecía recibir dichos tratamientos con cargo al FOSYGA, ya que se encontraba en el régimen contributivo, en un 50% del total de los gastos causados para dicho tratamiento.

2.6. Una cita de la providencia referenciada, que denota la solución del problema jurídico previamente expuesto es la siguiente:

“6. En el presente caso, constata la Sala que Yina Edith García Doria es una menor en condición de discapacidad pues padece ‘Epilepsia Refractaria, Ataxia, Temblor Paretico, Lenguaje Disartico y Rasgos Autistas’ que le ha ocasionado ‘trastornos del aprendizaje y retraso sicomotor moderado a severo’, sus lesiones físicas son irreversibles, ‘no lee, no escribe, disfasia expresiva y de recepción’, por lo cual no puede valerse por sí misma y depende absolutamente de sus familiares quienes son personas de escasos recursos económicos. Para que esta niña con discapacidad, pueda desarrollarse armónica e integralmente, ejercer plenamente sus derechos, rehabilitarse e integrarse a la sociedad, requiere con necesidad de la atención especializada que le brinda el tratamiento de rehabilitación integral con ‘psicología, terapia ocupacional, terapia física y terapia del lenguaje, musicoterapia, animal terapia, equinoterapia’ ordenado por su médico tratante, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, tiene derecho a recibirlo. Su familia, la sociedad y el Estado están llamados a proteger de manera especial este derecho.”

3. Principio de atención integral en materia del derecho a la salud.

3.1. El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. El numeral 3° del artículo 153 de la ley 100 de 1993, enuncia este principio: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

3.2. De igual forma, en la sentencia T-576 de 2008 se preciso el contenido de este principio:

“16.- Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente²³.

17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud – SGSSS – deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento²⁴.”²⁵ (Subrayado fuera del texto original).

3.3. En esta sentencia también se precisaron las facetas del principio de atención integral en materia de salud:

“A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.²⁶ La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas

a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”²⁷

3.4. La jurisprudencia constitucional ha aplicado este principio para casos cuyos presupuestos fácticos se asemejan con los de la presente acción de tutela. En la sentencia T-201 de 2007, se protegieron los derechos de un niño a ser trasladado a Bogotá para recibir tratamiento pos operatorio de una cirugía para corregir una cuadraplégia espástica que sufría el menor:

“(…) importa destacar que el derecho a la salud de niñas y niños adquiere carácter fundamental autónomo y puede ser garantizado mediante acción de tutela (...) el servicio de salud que sea brindado a niñas y niños debe permitir el cumplimiento de la cláusula según la cual, todo niño tiene `derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud` y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.”

3.6. Ante esas circunstancias la Corte indicó, con base en los postulados acerca del principio de atención integral, lo siguiente:

“Ahora bien, como quiera que en decisiones anteriores esta Sala ha ordenado el suministro de prestaciones sin una orden médica²⁸ y que en el caso concreto el señor Luis Eduardo Rivera Cortés presenta una PARÁLISIS CEREBRAL y sufre de EPILEPSIA PARCIAL DE DIFÍCIL CONTROL lo que produce, como es evidente y notorio, una INCONTINENCIA URINARIA y su IMPOSIBLE MOVILIZACIÓN esta Sala le ordenará a la EPS Cruz Blanca que le suministre (i) los PAÑALES DESECHABLES necesarios para mantenerlo en condiciones higiénicas, (ii) el SERVICIO MÉDICO DOMICILIARIO y (iii) LA ENTREGA DE LOS MEDICAMENTOS REQUERIDOS POR EL PACIENTE EN SU DOMICILIO.”²⁹

3.7. En el mismo sentido, una sentencia más reciente sobre el tema objeto de estudio en la presente providencia es la T-574 de 2010. En esa ocasión se tenía que establecer si el accionante, quien sufría de cuadraplejía, debía ser atendido por la EPS-S Salud Cóndor, a pesar de que esta entidad argumentaba que no figura en el sistema ninguna autorización expedida al citado paciente por parte de atención al usuario, motivo por el cual a su juicio, la accionante ni siquiera había dado conocimiento a la entidad de la patología que tenía el señor, ni existía historia clínica, ni prescripciones médicas. Además, indicó que el suministro de pañales era una obligación que no se encontraba incluida en el POS y que el Decreto 4975

de 2009, mediante el cual se declaró el estado de emergencia social en materia de salud, supeditó el suministro de este tipo de bienes a ciertos requisitos que en el caso concreto no se acreditaban. El juez de única instancia denegó la acción de tutela impetrada por considerar que el actor no se encontraba afiliado a dicha EPS-S.

3.8. En esa ocasión, con relación al principio en mención la Sala de Revisión respectiva afirmó:

“Las pretensiones de la actora en el presente proceso no se sustentan en la orden del médico tratante o del Comité Técnico Científico. Al respecto, además de que sobre este requisito opera la presunción de veracidad, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante. En la Sentencia T-1061 de 200730, se explicó que la falta de orden del médico tratante no era obstáculo para conceder la tutela, ‘(...) pues podría ocurrir que la urgencia, la especificidad del tratamiento o la demora o renuencia de la EPS o ARS en otorgar la cita médica, o la ineffectividad que de ésta se desprenda, sea lo que obligue a acudir a consulta particular, especialmente frente a padecimientos de niños, ancianos u otras persona que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, o estén afrontando enfermedades ruinosas o catastróficas que, pese a no tener suficientes recursos económicos, con mucho esfuerzo buscan una alternativa para lograr la solución que no encuentran en el sistema general de seguridad social en salud.’ (Subrayado fuera del texto original). Por esta apreciación, y en razón a las circunstancias particulares del caso concreto, el hecho de que las pretensiones de la actora no coincidan con la orden de un médico tratante o del Comité Técnico Científico, no es óbice para que estas le sean negadas.”

4. Caso concreto.

4.1. La Sala Tercera de Revisión tiene que determinar si Mutual Ser EPS-S ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor Diana Marcela Martínez Serrano, quien tiene 2 años y pertenece al nivel 1 del SISBEN, por cuanto se niega a suministrarle los medicamentos Topamac 25mg Tab, Lamotrigina 25mg Tab, Acido Valproico 250mg y Clonazepam solución oral, de manera permanente y continua, en tanto que argumenta que estos estaban excluidos del Plan Obligatorio de Salud, POS, a pesar de que fueron prescritos por el médico tratante. Adicionalmente, la señora Diana Paulina Serrano

Orozco, madre de la niña, solicita que se ordene el tratamiento integral a efectos de superar la epilepsia refractaria que sufre su hija.

4.2. Lo primero que es menester afirmar es que la acción de tutela es un mecanismo adecuado para tramitar las pretensiones de la niña Diana Marcela Martínez Serrano. Ella tiene 2 años, y por consiguiente, es titular de una protección especial por parte del Estado en diferentes ámbitos normativos y especialmente respecto a su derecho a la salud, acorde a lo expuesto en el numeral 1 de esta sentencia. De igual forma, su mamá, la señora Diana Paulina Serrano Orozco, carece de los medios económicos suficientes para asumir los gastos derivados de su enfermedad. Prueba fehaciente de ello es que la niña pertenece al nivel 1 del SISBEN, frente a quienes, como se precisará en un numeral adicional, se presume su incapacidad de pago. En esta fase del análisis es determinante enfatizar que la enfermedad que sufre la menor en su cerebro y la epilepsia refractaria que le fue diagnosticada por su médico tratante, ameritan una actuación urgente, perentoria e integral de parte del juez constitucional lo cual sólo se concreta, en este caso, con la acción de tutela. Por estas particularidades es que la Sala Tercera de Revisión concluye que la acción constitucional que se ha utilizado es procedente para invocar la protección de los derechos fundamentales de la niña Diana Marcela.

4.3. Una vez estudiada la procedencia de la acción de tutela, se estudiará el aspecto principal del presente problema jurídico. En el cuadro que se transcribe a continuación se evidencia el grado de cumplimiento que tuvo la EPS Mutual SER en la entrega de los medicamentos requeridos por el médico tratante de la menor Diana Marcela Martínez Serrano. Como se percibe, la orden general prescrita por el médico tratante el 2 de noviembre de 2010 ha sido incumplida por parte de la entidad demandada pues, luego de esa fecha, no consta prueba en el expediente de que se le hayan suministrado tales medicamentos.

Medicamento

Prescripción médica u orden judicial

Autorización o suministro

Topamac 25mg Tab

-Autorización del Comité Técnico Científico en primer semestre de 2010.

-Medida provisional del 2 de julio de 2010, proferida por el Juez Primero Penal Municipal de Barranquilla.

-Orden general proferida el 2 de noviembre de 2010 por el médico tratante.

-6 de mayo de 2010

-27 de julio de 2010

-1 de septiembre de 2010

-7 de noviembre de 2010.

Lamotrigina 25mg Tab

-Autorización del Comité Técnico Científico en primer semestre de 2010.

-Medida provisional del 2 de julio de 2010, proferida por el Juez Primero Penal Municipal de Barranquilla.

-Orden general proferida el 2 de noviembre de 2010 por el médico tratante.

- 29 de marzo de 2010.

- 27 de julio de 2010.

-1 de septiembre de 2010.

-7 de noviembre de 2010.

Acido Valproico 250mg

-Medida provisional del 2 de julio de 2010, proferida por el Juez Primero Penal Municipal de

Barranquilla.

-Orden general proferida el 2 de noviembre de 2010 por el médico tratante.

-18 de enero de 2010.

- 29 de marzo de 2010.

- 27 de julio de 2010.

Clonazepam solución oral

-Orden general proferida el 2 de noviembre de 2010 por el médico tratante.

-8 de julio de 2010.

4.4. Al revisar el Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011 emitido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”, se concluye que algunos de los medicamentos prescritos por el médico tratante, en su orden general, si se encuentran incluidos en la modificación más reciente que se ha realizado sobre dicho plan. En efecto, en el anexo 1 del listado de medicamentos del plan obligatorio de salud constan el Valproico Acido 250 mg, el Valproico Sódico 250 mg/5ml como ácido (5%), el Clonazepam 0.5 mg, el Clonazepam 2.0 mg, el Clonazepam 2.5 mg/ml, la Lamotrigina 100 mg, la Lamotrigina 25 mg y la Lamotrigina 50 mg. Por tal consideración estos medicamentos deben ser suministrados por cuenta de la entidad demandada, sin la opción de recobrar ante ninguna entidad. Adicionalmente, en cuanto a la entrega del Topamac 25mg Tab se corrobora que fue prescrito por el medico tratante, razón por la cual se concluye, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales expuestas en el numeral 2 de esta providencia, que es un medicamento que se requiere con necesidad, por ese caso la EPS también está obligada a dárselo a la demandante, pero tiene la facultad de ejercer el recobro ante la respectiva entidad territorial.

4.5. Esta Sala reiterará lo afirmado en la sentencia T-574 de 2010 respecto al tratamiento

integral, la cual a su vez se basó en la T-1061 de 2007 y que se encuentra referenciado en el numeral 3 de la presente providencia:

“En la Sentencia T-1061 de 2007³¹, se explicó que la falta de orden del médico tratante no era obstáculo para conceder la tutela, “(...) pues podría ocurrir que la urgencia, la especificidad del tratamiento o la demora o renuencia de la EPS o ARS en otorgar la cita médica, o la ineffectividad que de ésta se desprenda, sea lo que obligue a acudir a consulta particular, especialmente frente a padecimientos de niños, ancianos u otras persona que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, o estén afrontando enfermedades ruinosas o catastróficas que, pese a no tener suficientes recursos económicos, con mucho esfuerzo buscan una alternativa para lograr la solución que no encuentran en el sistema general de seguridad social en salud. Por esta apreciación, y en razón a las circunstancias particulares del caso concreto, el hecho de que las pretensiones de la actora no coincidan con la orden de un médico tratante o del Comité Técnico Científico, no es óbice para que estas le sean negadas.” (Subrayado fuera del texto original)

4.6. Las circunstancias particulares de este caso se adecúan a los requisitos expuestos en la cita previamente referenciada. La menor Diana Marcela Martínez Serrano es una persona que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, tiene 2 años de edad, pertenece al nivel I del SISBEN lo cual indica la ausencia de capacidad de pago de ella y de su familia, y además, lo que se percibe más relevante para ordenar el tratamiento integral, es la enfermedad de epilepsia refractaria que ella padece así como las dificultades cerebrales que sufre desde su nacimiento y que dieron paso a las prescripciones médicas sobre los medicamentos en cuestión. No obstante lo anterior, la concreción y el desarrollo particular de este tratamiento integral deberá estar custodiado por el médico tratante adscrito a la entidad demandada, sin que esto signifique que los trámites administrativos internos se conviertan en obstáculos para el acceso a los servicios médicos requeridos.

4.7. Una consideración adicional que merece especial atención es la ausencia de capacidad de pago de la señora Diana Marcela Martínez Serrano, la cual se alega como presupuesto de sus pretensiones. La sentencia T-760 de 2008 compiló y sistematizó las reglas referentes al derecho a la salud. De esta providencia y con relación a la capacidad de pago, la Sala se permite seleccionar lo conducente para el caso: “En el momento de la prestación de los servicios de salud,³² las instituciones encargadas deben tener en cuenta, siempre, la

voluntad expresa y manifiesta del Legislador, de acuerdo con la cual ‘en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres’.³³ Para la Corte, el no tener capacidad económica no puede convertirse en un obstáculo para obtener el servicio, pues toda persona tiene el derecho a “acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación”.³⁴(...) Recientemente, el legislador estableció nuevos parámetros al señalar que ‘no habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace’ (lit, g, art. 14, Ley 1122 de 2007).” (Subrayado fuera del texto original)

4.8. De igual forma, existen dos reglas que determinan la existencia de dos presunciones relativas a la capacidad de pago y al derecho a la salud, las cuales resultan de importancia para este caso. La primera se transcribe a continuación: “De otro lado, en varias ocasiones la jurisprudencia ha señalado que se presume la falta de capacidad económica en cabeza de los beneficiarios del SISBEN.”³⁵ La segunda señala que “(...) La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.”³⁶ Estas presunciones que obran a favor de la señora Diana Paulina Serrano Orozco no fueron desvirtuadas por la entidad demandada.

4.9. En razón de que la niña Martínez Serrano está afiliada al régimen subsidiado, el costo de las prestaciones que están excluidas del POS, como lo son los medicamentos y la atención integral, deben ser asumidas por el respectivo ente territorial. “Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.”³⁷

4.10. El Juez Primero Penal Municipal de Barranquilla negó el amparo a los derechos fundamentales de la menor, por medio de providencia proferida el 29 de julio de 2009. Acorde a los presupuestos fácticos y jurídicos expuestos en la presente providencia, la Sala Tercera de Revisión revocará dicha sentencia y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales de la niña Diana Marcela Martínez Serrano. En consecuencia, la

Corte ordenará que la EPS-S Mutual Ser suministre: i) los medicamentos Lamotrigina 25mg Tab, Acido Valproico 250mg y Clonazepam solución oral conforme a las prescripciones de su médico tratante, ii) el medicamento Topamac 25mg Tab, iii) el tratamiento integral respecto de aquellas prestaciones que se relacionen directamente con el tratamiento y la enfermedad de la niña Diana Marcela Martínez Serra, cuya concreción y desarrollo particular deberá estar custodiado por el médico tratante adscrito a la entidad demandada, sin que esto signifique que los trámites administrativos internos se conviertan en obstáculos para el acceso a los servicios médicos requeridos y iv) que se exonere a la señora Diana Paulina Serrano Orozco del pago de copagos o cuotas moderadoras para acceder al servicio público de salud. v) Respecto de las órdenes ii y iii autorícese a la EPS-S Mutual Ser a ejercer la facultad de recobro ante el respectivo ente territorial.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la providencia proferida el 29 de julio de 2009 por el Juez Primero Penal Municipal de Barranquilla y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de la niña Diana Marcela Martínez Serrano.

Segundo.- ORDENAR a la EPS-S Mutual Ser que suministre: i) los medicamentos Lamotrigina 25mg Tab, Acido Valproico 250mg y Clonazepam solución oral conforme a las prescripciones de su médico tratante, ii) el medicamento Topamac 25mg Tab, iii) el tratamiento integral respecto de aquellas prestaciones que se relacionen directamente con el tratamiento y la enfermedad de la niña Diana Marcela Martínez Serra, cuya concreción y desarrollo particular deberá estar custodiado por el médico tratante adscrito a la entidad demandada, sin que esto signifique que los trámites administrativos internos se conviertan en obstáculos para el acceso a los servicios médicos requeridos y iv) que se exonere a la señora Diana Paulina Serrano Orozco del pago de copagos o cuotas moderadoras para acceder al servicio público de salud. v) Respecto de las órdenes ii y iii autorícese a la EPS-S Mutual Ser a ejercer la facultad de recobro ante el respectivo ente territorial.

Tercero.- COMPULSAR copias de la presente providencia a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de Salud y Protección Social para que investigue la actuación de la EPS-S Mutual Ser, con el fin de verificar que no se hayan realizado recobros indebidos por los medicamentos referenciados en el numeral i) de la orden segunda de esta sentencia.

Cuarto.- Líbrense por Secretaría General de la Corte las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Sentencias T-037 de 2006, T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

2 Este Tratado Internacional fue ratificado por medio de la Ley 12 de 1991.

3 Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2007. La Corte ordenó, ante la complejidad del autismo y lo formulado por el médico: “Segundo.- Ordenar a Sanitas EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, en caso de que aún no lo haya hecho, adopte las medidas necesarias para brindar al menor Miguel Ángel Jiménez Romero el tratamiento integral por personal especializado para el Trastorno Generalizado del Desarrollo no Especificado (autismo atípico) que padece, en los términos

indicados por el médico tratante. Si la EPS Sanitas SA no cuenta dentro de su red contratada con una institución que pueda prestar los servicios especializados para el tratamiento del Trastorno Generalizado del Desarrollo no Especificado (autismo atípico), deberá contratarlos, al menos para atender el caso concreto siguiendo lo dispuesto por el médico tratante. Los exámenes adicionales que ordene el médico tratante deberán practicarse antes de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia y en ningún caso serán un obstáculo para la iniciación del tratamiento.”

4 Para ver algunos casos en los cuales la Corte ha reiterado el derecho fundamental a la salud de los niños: Sentencia T-492 de 2007 en la que se protegió el derecho de un menor a recibir tratamiento para una Craneofaringioma, y se señaló: “(...) el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.”; Sentencia T-201 de 2007 en la que se protegieron los derechos de un niño a ser trasladado a Bogotá a recibir tratamiento pos operatorio de una cirugía para corregir una cuadraplegia espástica que sufría el menor. En dicha providencia se indicó: “(...) importa destacar que el derecho a la salud de niñas y niños adquiere carácter fundamental autónomo y puede ser garantizado mediante acción de tutela (...) el servicio de salud que sea brindado a niñas y niños debe permitir el cumplimiento de la cláusula según la cual, todo niño tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” y Sentencia T-134 de 2007 en la cual se protegió el derecho de un menor a recibir tratamiento para mejorar un retraso en el crecimiento diagnosticado por el médico tratante. En esa oportunidad la Corte consideró que: “(...) el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y que, por consiguiente, su protección por vía de tutela es de carácter directo, sin que, como ocurre en el caso de los mayores de edad, deba probarse la violación conexa de otro derecho de rango fundamental para que proceda su amparo.”.

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 Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2007.

7 Según la Constitución (artículo 44) los niños tienen, entre otros, los derechos fundamentales (1) a la “vida”; (2) a “la integridad física”; (3) a “la salud y la seguridad social”; (4) a “la alimentación equilibrada” (5) a “su nombre y nacionalidad”; (6) “a tener una familia y no ser separado de ella”; (7) al “cuidado y amor”, (8) a “la educación”; (9) a “la libre expresión de su opinión”.

8 Sobre los derechos de protección ha dicho la Corte, en la sentencia C-507 de 2004: “Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre a todas las personas. Para abordar esta cuestión es relevante el derecho internacional (art. 93, CP).”

9 Sentencia T-760 de 2008.

10 Según la Constitución (art. 44), “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)”. Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

11 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996, SU-225 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000 y T-819 de 2003.

12 Sentencia T-860 de 2003. En las sentencias T-223 de 2004 y T-538 de 2004 la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POSS.

13 Sentencia T-760 de 2008

14 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992 y T-548 de 1992, que siguen 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, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-631, T-628 y T-691 de 1998, SU-819 de 1999, T-344 de 2002 y T-543 de 2002.)

15 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007. En la sentencia T-1204 de 2000, 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 (exámen 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.”

16 Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016 , T-024 y T-086 de 2005.

17 Ver, entre otras, las sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

18 Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que “cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad

prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del FOSYGA.” (Corte Constitucional, sentencia T-972 de 2001) Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-280 de 2002; en el mismo sentido ver la sentencia T-069 de 2005.

19 Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha “(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.” Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2005 [en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; SU-256 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-436 de 2003; T-925 de 2003; T-326 de 2004.

20 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior, para que reciba un servicio médico que requiere; esta condiciones fueron fijadas en las sentencias T-395 de 1998 y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 y T-597 de 2001.

21 Corte Constitucional T-1022 de 2005.

22 Sentencia T-760 de 2008.

23 Consultar Sentencia T-518 de 2006.

24 Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

25 En el mismo sentido ver las sentencias T-053 de 2009, T-760 de 2008, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, entre otras.

26 Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-307 de 2007, T-016 de 2007 y T-926 de 1999, entre otras.

27 Sentencia T-576 de 2008.

28 Consúltese la sentencia T-975 de 2008. En esa oportunidad, la Corte ordenó el suministro de PAÑALES DESECHABLES a una menor que sufría de INCONTINENCIA, sustentando su decisión en que tal padecimiento es un hecho notorio que no necesita de una orden médica que respalde la necesidad del suministro de los insumos que se solicitaban ante la Entidad Promotora de Salud.

29 Sentencia T-053 de 2009. Sobre el tema también se pueden consultar las sentencias T-653 de 2008, T-975 de 2008 y T-601 de 2008.

30 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

31 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

32 El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, se encuentra en el Capítulo II, de las instituciones prestadoras de salud, del Título II, la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El artículo 185 de la Ley 100 de 1993, que se encuentra en ese mismo Capítulo II, se establece que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, tienen por función ‘prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.’ El Capítulo I del mismo Título II se ocupa de las Entidades Promotoras de Salud.

34 Artículos 187 y 188 (‘Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios’) de Ley 100 de 1993. En la sentencia T-811 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte consideró que de acuerdo con la Constitución y la Ley, el deber de hacer viable económicamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ha de conseguir teniendo en cuenta que “las personas que tienen incapacidad económica puedan acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.” En este caso la Corte tuteló los derechos a la vida y a la salud de una mujer, por lo que inaplicó una disposición reglamentaria y ordenó a la entidad encargada [Compensar EPS] prestar los servicios que ésta requería, los cuales se le habían negado porque no había cancelado un copago que se le exigía y no tenía la capacidad económica de asumir.

35 Ver al respecto, entre otras, la sentencia T-841 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis).

36 Al respecto, ver entre otras las siguientes sentencias: T-1019 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-447 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-279 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-113 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería).

37 Sentencia T-760 de 2008.