

NOTA DE RELATORIA: Mediante Auto de fecha 7 de mayo de 2019, la Sala Quinta de Revisión ordenó reemplazar la presente providencia, por la versión que resulte de sustituir los nombres de los accionantes y sus hijos por nombres ficticios.

Sentencia T-1222/08

LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MENOR-Titularidad

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental prevalente

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Protección preferente

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Atención inmediata y prioritaria

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Idoneidad de institución adscrita debe estar debidamente acreditada/DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Tratamiento integral e idóneo

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Establecimiento de la institución más idónea y especializada para el tratamiento del autismo con el fin de lograr la rehabilitación integral

Accionantes:

Oscar en representación de su menor hijo Simón y; María en representación de su menor hijo Luis

Demandados:

Cafesalud EPS y Compensar EPS.

Magistrado Ponente:

RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

en el trámite de revisión de los fallos proferidos en los procesos correspondientes a los expedientes T-1.946.886 y T-1.949.426.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La solicitud

Los accionantes, en representación de sus menores hijos, solicitan se protejan los derechos fundamentales de los niños a la salud, a la dignidad humana y a la vida digna, que en su concepto están siendo vulnerados por las EPSs accionadas, al negarse a autorizar los tratamientos especializados para el trastorno generalizado del desarrollo- espectro autista- que padecen los infantes, en instituciones no adscritas a ellas.

#### 1. Reseña Fáctica

##### 2.1 Expediente T-1.946.886

- El menor Simón, de 4 años, está afiliado a Cafesalud EPS, en calidad de beneficiario de su padre Óscar quien cotiza a la entidad desde el mes de agosto de 1999 (folios 18, 20 y 21 Cuaderno número 1).

- El menor fue diagnosticado por un médico particular con trastorno generalizado del desarrollo-espectro autista-, por la cual se le prescribió terapia comportamental tipo ABA (folio 21 Cuaderno número 1).

- Inicialmente al infante se le comenzó a prestar la terapia comportamental tipo ABA, a través de la entidad particular Horizontes ABA Terapia Integral, no adscrita a su EPS, con un costo mensual de tres millones ochocientos mil pesos (\$3.800.000) (folio 4 Cuaderno número 1).

- Manifiestan los médicos que tratan al menor en la entidad particular, y los adscritos a la EPS, que gracias al tratamiento recibido en la institución Horizontes ABA Terapia Integral “ha presentado mejoría dramática con el método ABA”.
- Afirma el accionante que a mediados del mes de julio de 2008 sufrió con su esposa “un traspies de tipo laboral”, con consecuencias económicas, lo cual significó a disminución de sus ingresos con los cuales satisfacía las necesidades familiares (folio 2 Cuaderno número 1).
- En razón a la crisis económica señalada, el señor Oscar acudió a Cafesalud EPS con el propósito de que esa entidad valorara medicamente al menor y definiera el tratamiento para su enfermedad.
- El médico adscrito a Cafesalud EPS diagnosticó el padecimiento del menor como trastorno generalizado del desarrollo-espectro autista-, por lo cual se le prescribió terapia comportamental tipo ABA, coincidiendo con el diagnóstico inicial, y señaló la respuesta positiva del paciente al mismo (folio 2 Cuaderno número 1).
- En consecuencia el menor fue remitido a la institución Bioimagen, con la cual la EPS tiene contrato para la prestación de servicios de salud. Sin embargo, en concepto del demandante las condiciones en las que se aplica la terapia, relacionada con duración de las sesiones, frecuencia especialidad de las mismas no corresponden con las necesidades médicas del menor (folio 2 Cuaderno número 1)
- Por lo anterior el señor Oscar solicitó a Cafesalud EPS que remitiera al menor a una institución de salud que le pudiera brindar la atención especializada que requiere en las condiciones que le permitieran mostrar mejoría.
- Por su parte Cafesalud EPS le indicó al demandante que autorizaría el tratamiento solicitado para el menor, siempre y cuando él se prestara en una institución que hiciera parte de su red de prestadores.
- Con respecto a su situación familiar, el señor Oscar manifiesta que se encuentra casado con la madre del menor y que éste es su único hijo. En lo que hace relación a su situación económica señala que (i) recibe la suma de tres millones ochocientos mil pesos (\$3.800.000)

como salario por la vinculación laboral que ostenta con las Universidades Externado de Colombia y Piloto de Colombia; manifiesta que (ii) es deudor de un crédito por valor de sesenta y cuatro millones de pesos (\$64.000.000) del cual paga dos millones trescientos mil pesos (\$2.300.000) mensuales por causa de la compra del apartamento en el que vive con su familia; y que (iii) los ingresos restantes los destina a la satisfacción de las necesidades familiares (folio 52 Cuaderno número 1).

- Con fundamento en los anteriores hechos, el quince de noviembre de 2007, el señor Óscar impetró acción de tutela en representación de su menor hijo Simòn para que le fueran protegidos los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la vida digna, y en consecuencia se ordenara a Cafesalud EPS que asuma la totalidad del costo del tratamiento que requiere su menor hijo, para la enfermedad trastorno generalizado del desarrollo-espectro autista- que padece.

## 2.2 Expediente T-1.949.426.

- La señora María está afiliada en calidad de cotizante a Compensar EPS desde el 22 de julio de 2002, siendo uno de sus beneficiarios su hijo de 6 años, Luis (folios 30 y 31 Cuaderno número 1).

- A los 18 meses de edad al menor se le diagnosticó desorden generalizado del desarrollo tipo autista (folio 1 Cuaderno número 1).

- En razón a su padecimiento, el menor desde los 2 años de edad asiste a una institución educativa para niños sin discapacidad, y recibe terapia física, ocupacional, y de lenguaje, cada una en sesiones individuales de 45 minutos, dos veces por semana en la institución especializada Neurorehabilitar. El menor también recibe refuerzo de educación especial dos tarde por semana y terapia ocupacional de integración sensorial una vez por semana (folios 1, 16, 17, 18, 27 y 28 Cuaderno número 1)

- Gracias al “esquema de manejo” anotado previamente, en concepto de los profesionales de salud vinculados a Neurorehabiliatr, el menor ha mostrado una evolución significativa en su proceso de desarrollo, por lo que se hace necesario continuar con el mismo (folios 16, 17, 18 Cuaderno número 1)

- Inicialmente la madre del menor asumió el costo del tratamiento en la entidad Neurorehabilitar el cual equivale mensualmente a la suma de dos millones cuatrocientos mil pesos (\$2.400.000) (folio 38 Cuaderno número 1).
- Desde el año 2007 Compensar EPS ha reembolsado a la accionante UN 10% del costo de las sesiones de terapias, conforme con “las tarifas POS” (folio 35 Cuaderno número 1)
- El médico adscrito a Compensar EPS ha recomendado que el menor debe pasar a una institución educativa de “educación regular” a cursar la primaria, con algunas particularidades como grupos pequeños de trabajo y apoyo terapéutico en el aula de clase, lo cual aumenta los gastos familiares, sin que la accionante este en capacidad de seguir costeadando el costo del tratamiento especializado adicional que requiere el menor. De la misma forma el médico tratante ha indicado que se debe continuar con el tratamiento de terapias para su patología de base en una institución especializada, dados sus buenos resultados (folio 27 Cuaderno número 1).
- Con respecto a la situación económica de la accionante se observa que (i) vive en un apartamento cuyos dueños son sus hijos; (ii) recibe la suma de tres millones quinientos veinte dos mil setecientos pesos (\$3.522.700) como salario de su actividad laboral; (ii) de lo cual se descuenta ciento veintiséis mil quinientos pesos (\$126.500) por concepto de pago de EPS; ciento veintidós mil seis cientos pesos (\$122.600) por aportes al fondo de pensiones; adicionalmente debe pagar (iv) mensualmente un crédito por valor de doscientos veintitrés mil doscientos once pesos (\$223.211); (v) el colegio de su menor hijo por la suma de quinientos doce mil pesos (\$512.000) y; (vi) los ingresos restantes los destina a la satisfacción de sus necesidades básicas y las de sus dos hijos, como son pago de servicios públicos, alimentación, transporte y vestuario entre otros (folio 3 Cuaderno número 1).
- Debido a que la accionante manifiesta encontrarse en la imposibilidad de seguir costeadando el tratamiento que su menor hijo requiere para tratar su enfermedad de autismo, solicitó a Compensar EPS sumir el 100 % del costo del mismo en la entidad Neurorehabilitar. Sin embargo la EPS negó la petición por cuanto esa institución está fuera de los prestadores adscritos, por lo que en su lugar ofreció que se prestara el tratamiento en una entidad que si estuviera en su red de prestadores. Considera la accionante que las instituciones adscritas a Compensar EPS no ofrecen las especificaciones ni las condiciones para que el desarrollo del

menor continúe con la mejoría que ha mostrado en la institución Neurehabilitar (folio 35 Cuaderno número 1).

- Con fundamento en los anteriores hechos, el 25 de febrero de 2008, la señora María presentó acción de tutela en representación de su menor Luis para que le fueran protegidos los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la vida digna, y en consecuencia se ordenara a Compensar EPS que asuma la totalidad del costo del tratamiento que requiere su menor hijo, para la enfermedad trastorno generalizado del desarrollo que padece.

### 3. Pruebas relevantes en el expediente.

#### 3.1 Expediente T-1.946.886

\* Copia del registro civil de nacimiento del menor Simón

\* Cotización mensual de la terapia comportamental tipo ABA expedida por Horizonte ABA Terapia Integral, por valor mensual de tres millones ochocientos mil pesos (\$3.800.000).

\* Declaración rendida por el señor Oscar ante el juzgado de primera instancia.

- Adicional a las anteriores pruebas reposa en el expediente el informe de evaluación y seguimiento del menor Simón de Horizonte ABA Terapia Integral, conforme con el cual tratamiento consiste “en un programa uno a uno, personalizado y en casa (ambiente natural), de carácter intensivo, con intervención de un equipo multidisciplinario que busca habilitar o rehabilitar funciones en el campo cognitivo, psicomotor comunicativo y psicosociales de acuerdo con las necesidades y características del niño, joven o adulto con autismo, trastorno generalizado del desarrollo y demás patologías asociadas, creando un ambiente estructurado de aprendizaje para la adquisición de diferentes habilidades y destrezas, promoviendo patrones funcionales e interviniendo patrones no deseados”.

Particularmente con respecto a la situación del menor señala la entidad que el menor padece de “autismo infantil”. Razón por la cual se le prescribió “un programa terapéutico estructurado a nivel comportamental de 4 horas diarias (...). Sumado a esto se requiere de

la terapia tradicional, una sesión diaria de fonoaudiología, dos sesiones de terapia ocupacional por semana y fisioterapia.” Como resultado del tratamiento la entidad indica que luego de 5 meses de aplicado se observa la mejoría por lo cual se sugiere continuar con el mismo.

- También se encuentra en el expediente copia de la historia clínica del menor Simón conforme con la cual, el menor fue valorado por médicos adscritos a Cafesalud EPS y diagnosticado con “trastorno del desarrollo generalizado no especificado- actualmente refiere mejoría cada día desde hace 4 meses que ha realizado las terapias - trae resumen de la historia clínica de Fundación ABA Horizonte donde las realizan como particular”. En el mismo sentido se lee en el documento que el menor “ha presentado mejoría dramática con el método ABA”

Con fundamento en el citado diagnóstico, el médico tratante consideró que el menor “requiere continuar con terapia comportamental (ABA)”.

### 3.2 Expediente T-1.949.426.

\* Copia del registro civil de nacimiento del menor Luis

\* Diagnóstico realizado por el médico de por el médico de la institución Neurorehabilitar de la patología de autismo del menor.

\* Cuenta de Cobro expedida por Neurorehabilitar por concepto del tratamiento prestado al menor Luis.

\* Comprobante de reembolso expedido por Compensar EPS por concepto del tratamiento prestado a Luis por Neurorehabilitar.

\* Comprobante de nómina de la señora María.

\* Recibo de pago de institución educativa del menor Luis.

\* Solicitud presentada a Compensar EPS para que asuma el 100% del tratamiento del menor Luis en la institución Neurorehabilitar.

\* Respuesta de Compensar EPS negando la solicitud de la prestación del tratamiento para el menor Luis.

- Adicional a las anteriores pruebas en el expediente reposan informes de los médicos de la institución Neurehabilitar conforme con los cuales, gracias a las terapias recibidas en esa entidad el menor ha experimentado una mejoría significativa e su desarrollo, por lo que se hace necesario continuar con el tratamiento en las condiciones en las que se ha venido prestando.

- También se observa una prescripción del médico adscrito a Compensar ESP en la que sugiere la necesidad de integrar al menor en un colegio de educación regular, en el que se manejen grupos pequeños de estudiantes y con apoyo en el aula, sin suspender el tratamiento de terapias que se viene aplicando en una institución especializada.

#### 4. Consideraciones de la parte actora

##### 4.1 Expediente T-1.946.886

Considera el accionante que Cafesalud EPS vulnera los derechos fundamentales de su menor hijo a la salud, a la dignidad humana y a la vida digna al no autorizar el tratamiento terapia comportamental (ABA) en la entidad Horizontes ABA.

Señala el actor que si bien a través de la EPS se ha venido prestando un tratamiento a su menor hijo, este no corresponde a las necesidades del menor por las siguientes razones:

- Las terapias no fueron especializadas.

- La frecuencia del tratamiento no es adecuada, por cuanto las sesiones se programan cada 15 días.

- La duración de las terapias es de sólo 30 minutos.

- Falta de idoneidad profesional del personal médico que aplica el tratamiento.

- El entorno en el que se aplica el tratamiento no es adecuado-

Señala el demandante que inicialmente costó el tratamiento con sus recursos personales,

pero que debido a un problema laboral sus recursos se vieron mermados, razón por la cual actualmente no puede sufragarlo.

Advierte que todos los médicos, tanto adscritos como no adscritos a Cafesalud EPS, han coincidido en el diagnosticar al menor con autismo y en indicar que el tratamiento adecuado es terapia comportamental (ABA).

Con fundamento en lo anterior solicita que Cafesalud EPS se haga cargo del 100% del costo del tratamiento que el menor requiere.

#### 4.2 Expediente T-1.949.426.

Señala la demandante que la EPS ha ofrecido la prestación del tratamiento en una entidad adscrita, pero que ellas no cumplen con los requerimientos necesarios, en cuanto a frecuencia y duración de las terapias, que permitan garantizar el desarrollo del menor, por lo que es imperioso que el tratamiento siga siendo aplicado por Neurorehabilitar y costado en su integridad por Compensar EPS, ante su falta de recursos para pagarlo.

#### 5. Pretensiones de los demandantes

Los accionantes solicitan se protejan los derechos fundamentales de sus menores hijos a la salud, la dignidad humana y la vida digna y en consecuencia se ordene a las respectivas EPSs asumir el 100 % del costo de los tratamientos especializados que requieren los niños para tratar su patología de autismo, en una institución de salud especializada que ofrezca las condiciones médicas de calidad que permitan el desarrollo de los menores, no obstante no se encuentren en su red de prestadores.

#### 6. Respuesta del ente accionado

##### 6.1 Expediente T-1.946.886

La entidad accionada reconoce que el niño Simón se encuentra afiliado a esa institución en calidad de beneficiario, desde el 7 de noviembre de 2006, y que padece de autismo, razón por la cual solicita se autorice el cubrimiento del 100% del tratamiento correspondiente en la entidad Horizontes ABA Terapias Integrales.

Manifiesta Cafesalud EPS que conforme con la Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia constitucional, los afiliados a las EPSs solamente podrán escoger los prestadores del servicio de salud que estén adscritos o tengan vinculación laboral con la entidad.

Que en la medida en que Horizontes ABA Terapias Integrales no es una entidad adscrita a Cafesalud EPS no es posible que se autorice la realización del tratamiento solicitado en esa institución.

## 6.2 Expediente T-1.949.426.

Compensar EPS afirma que no ha violado ningún derecho fundamental del menor Luis.

Manifiesta que no existe orden médica de un profesional adscrito a esa entidad en la que se ordene la atención del niño en la entidad Neurorehabilitar, entidad con la cual no existe contrato para la prestación del servicio de salud a sus afiliados, por lo que tampoco se ha negado este servicio. Adicionalmente considera que lo solicitado por la accionante corresponde a un servicio educativo lo cual trasciende su competencia toda vez que a ella le corresponde la prestación del servicio de salud.

Por lo tanto señala la EPS que en caso de ser necesario el servicio solicitado sería prestado al menor a través de una entidad a ella adscrita.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

### 1. Expediente T-1.946.886

#### 1.1 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2007, el Juzgado Treinta y Cinco Penal Municipal de Bogotá concedió el amparo solicitado por considerar que, los derechos fundamentales del menor a la salud en conexidad con la vida están siendo vulnerados por Cafesalud EPS, al negarse a autorizar la realización del tratamiento que requiere para su enfermedad de autismo en la institución Horizontes ABA Terapias Integrales. Lo anterior, por cuanto si bien la EPS ha ofrecido tratamientos sustitutos por instituciones adscritas a ella estos, conforme con lo señalado por el médico tratante, no son idóneos ni efectivos para el tratamiento de su enfermedad. Por lo anterior, se ordena a la EPS costear el 100% del costo de tratamiento, y

en lo no cubierto por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo se autoriza a la entidad a Recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía.

Cafesalud EPS impugnó la decisión argumentando que el médico que ordeno el tratamiento para el autismo no está adscrito a la entidad, y que nunca ha negado ningún servicio de salud al menor por cuenta de la enfermedad que éste padece.

Adicionalmente señala que en el presente caso no era procedente ordenar un tratamiento integral para la enfermedad del menor toda vez que el implica prestaciones futuras e inciertas, que ni se han causado ni han sido negadas por la entidad.

Por lo demás realiza un análisis de las dificultades administrativas que enfrentan a las EPSs al momento de presentar reclamaciones ante el Fondo de Solidaridad y Garantías.

### 1.3 Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 11 de febrero de 2008, revocó la sentencia proferida por el juez de primera instancia por considerar que la entidad accionada no había vulnerado ningún derecho fundamental del menor. Considera el fallador que Cafesalud EPS ha autorizado el tratamiento que el menor requiere a través de una institución a ella adscrita, y que la falta de idoneidad de los profesionales que aplican el tratamiento es un juicio subjetivo del demandante sin que ello esté probado en el expediente.

## 2. Expediente T-1.949.426.

### 2.1 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 11 de marzo de 2008, el Juzgado Décimo Penal Municipal de Bogotá, con Función de Pequeñas Causas negó el amparo solicitado por considerar que la entidad demandada no había vulnerado ningún derecho fundamental del menor, por cuanto el tratamiento que la madre del menor solicitaba no había sido ordenado por un médico adscrito a Compensar EPS, y por que la institución Neurorehabilitar no está adscrita a esta. Por el contrario señala el fallador que la entidad accionada ha ofrecido la prestación del tratamiento e una entidad que si está adscrita a su red de prestadores.

Adicionalmente el fallador ordenó la valoración del menor por parte de un médico adscrito a Compensar EPS y que de ser necesario se le prestara el tratamiento solicitado en una institución médica adscrita a la entidad.

## 2.2 Impugnación

La madre del menor impugnó la decisión del juez de primera instancia por considerar que el juez no tuvo en cuenta la prescripción del médico adscrito a la EPS, en la que se ordena continuar con las terapias en una institución especializada.

Señala que las instituciones con las Compensar EPS tiene contrato para la prestación del servicio que se solicita solamente ofrece dos terapias semanales con duración de 30 minutos lo cual es inferior a lo ofrecido por Nerorehabilitar y no responde a los requerimientos del tratamiento del menor.

## 2.3 Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, a través de providencia del 21 de mayo de 2008, confirmó la sentencia de primera instancia en la que se negó e amparo solicitado, con fundamento en las mismas razones.

# III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

## 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

### 2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales actuando por si misma o a través de representante. En el

presente caso, los accionantes, son personas mayores de edad que actúan en defensa de los derechos fundamentales de sus menores hijos, razón por la cual se encuentran legitimados para presentar las correspondientes acciones.

## 2.2 Legitimación pasiva

Las empresas demandadas son entidades de carácter particular que se ocupan de prestar el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas como parte pasiva en los procesos de tutela que se revisan.

## 3. Problema Jurídico

Corresponde a la Corte establecer en este caso, si las correspondientes EPSs vulneran el derecho fundamental a la salud, de los menores que padecen de autismo, al negarse a remitirlos a un tratamiento específico ordenado por el médico especialista tratante, en razón a que se las instituciones prestadoras del mismo están fuera de la red de prestadores contratados.

Para el efecto la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relacionada con (i) el derecho fundamental de los niños a la salud; y (ii) la protección reforzada que merecen los menores con discapacidad por parte del ordenamiento jurídico.

## 4. El derecho fundamental de los niños a la salud. Reiteración de jurisprudencia

Conforme con el artículo 44 de la Constitución Política son derechos fundamentales de los niños:

“la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales

ratificados por Colombia.

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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Con fundamento en esta norma constitucional, la jurisprudencia de la Corte ha señalado, que los derechos de los niños son fundamentales, cuentan con un carácter prevalente frente a los derechos de los demás y corresponde a la familia, el Estado y la sociedad concurrir a la protección de los menores<sup>1</sup>. Conforme con la reciente Sentencia T-760 de 20082, las medidas de protección especial de los derechos de los menores deben buscar garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. 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”; y es integral “cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural)”.

Particularmente, con respecto al derecho de los niños a la salud la Corte, en la misma providencia citada, reitera su carácter fundamental, e indica que ello significa que debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.<sup>3</sup>

La jurisprudencia constitucional también ha señalado la existencia de otros preceptos constitucionales, entre los que se encuentra el artículo 50 superior, conforme con el cual las instituciones de salud que reciben recursos estatales están obligadas a atender gratuitamente a los menores de un año que no se encuentren cubiertos por algún tipo de protección en seguridad social<sup>4</sup>.

Complementario a lo anterior, este Tribunal se ha ocupado de interpretar el derecho fundamental de los niños a la salud, a la luz de los tratados internacionales en la materia<sup>5</sup> y ha considerado que “la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios

de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales (...).<sup>6</sup>

De las anteriores consideraciones concluye la Sala que el derecho fundamental de los menores a la salud debe ser atendido en forma inmediata y prioritaria, con miras a garantizar su desarrollo armónico e integral, de tal manera que sus necesidades sean cubiertas de manera eficaz. Adicionalmente, que gracias a la protección reforzada de los derechos fundamentales de los niños, les deben ser suministrados de manera adecuada todas las prestaciones necesarias para garantizar su derecho fundamental a la salud.

#### 5. Protección especial de los niños con discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 13 de la Constitución Política reconoce que todas las personas son iguales, y que por ello recibirán la misma protección y trato de las autoridades públicas y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin lugar a establecer discriminaciones por ninguna causa.

El mismo artículo establece que el Estado deberá promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”

Finalmente la norma constitucional dispone que el Estado está obligado a proteger “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.”

Adicionalmente, el artículo 47 de la Constitución Política establece que corresponde al Estado adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

A partir de los citados preceptos superiores la Corte Constitucional ha indicado que se debe garantizar el derecho a la igualdad de las personas con limitaciones de manera real y

efectiva. Para la consecución de este objetivo, señala la jurisprudencia, que se “ordena al Estado adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, en especial aquellos que por su condición física o mental se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, lo que ha sido llamado por la jurisprudencia constitucional acciones afirmativas”.<sup>7</sup>

Lo anterior significa que los derechos de las personas con limitaciones cuentan con una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico. Esta protección reforzada, en relación con los menores discapacitados, se traduce en el derecho que les asiste a la realización de un tratamiento integral con miras a lograr su rehabilitación.<sup>8</sup>

La Corte ha considerado que la razón de la anterior regla está, tal y como ya se explicó, en que la salud de los niños es un derecho fundamental autónomo, y que tratándose de menores con limitaciones o discapacidad, como en el caso de niños con autismo, el Estado está obligado a ofrecerles un tratamiento integral con miras a lograr su integración social. En este sentido se le deben ofrecer al menor todos los medios posibles que permitan obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta además, que “este proceso puede tener ingredientes médicos y educativos (...)”.<sup>9</sup>

Particularmente, la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar diversos casos de menores con diagnóstico de autismo, en los que sus correspondientes EPSs han negado tratamientos específicos para su enfermedad, en instituciones especializadas. En esas ocasiones esta Corporación ha ordenado, en aplicación de la regla indicada previamente, un tratamiento integral para la patología que padecen los niños.

Específicamente en la sentencia T-412 de 2004<sup>10</sup> la Corte indicó que “si bien la elección del tratamiento médico adecuado ordinariamente compete al médico tratante, en el caso de menores discapacitados esta selección debe ser particularmente meticulosa, de manera que exista certeza en cabeza del facultativo sobre la calidad óptima de la atención que va a prestar la menor impedido. En efecto, el mandato de optimización exige este comportamiento especialmente atento a las necesidades del niño discapacitado, de forma tal que no se escatimen recursos para lograr su mejoría. En tal sentido, si lo mejor para el niño no está incluido dentro de los planes obligatorios que lo cobijan, o si la entidad a que se encuentra adscrito no se halla en condiciones de suministrar esta mejor opción, el médico no debe dudar en formularlo a pesar de estas circunstancias, y el juez constitucional debe

autorizarlo si así le es solicitado por vía de tutela, previa comprobación de la prescripción médica del médico tratante, y permitiendo a la respectiva entidad el reembolso de los gastos con cargo al Fosyga.”

En el mismo sentido se pronunció esta Corporación en la Sentencia T- 518 de 2006<sup>11</sup> a propósito de un caso en el que el padre de un menor con autismo solicitaba a su EPS un tratamiento específico prestado por una entidad no incluida en su red de prestadores. Considero la Corte que si bien, por regla general, le corresponde a las EPSs la prestación de los servicios de salud a través de las IPS con las que tenga convenio para el efecto<sup>12</sup>, en el caso de menores discapacitados, la idoneidad de la institución adscrita prestadora del servicio debe acreditarse de manera que se ofrezca al menor un tratamiento integral e idóneo para el manejo de su enfermedad<sup>13</sup>. De tal manera que si dentro de la red de prestadores de una EPS no existe una institución que preste el servicio requerido con la calidad que se demanda, la entidad deberá autorizar la prestación del mismo por una institución no adscrita a ella, pero que ofrezca los requerimientos para el tratamiento de la enfermedad. En consecuencia en esa oportunidad se ordenó a la EPS que adoptara “las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, el médico tratante del menor David Alexis Herrera determine la institución más idónea y especializada para el tratamiento del autismo que padece, con el fin de la lograr la educación terapia e integración social del menor. En este sentido, si la EPS Comfenalco no contara dentro de sus IPS adscritas con una Institución de idénticas calidades, especialidad e idoneidad de la Fundación Integrar, el médico tratante deberá ordenar el tratamiento especializado en la Fundación Integrar de Medellín.”

Con fundamento en las consideraciones expuestas pasa esta Sala de Revisión a estudiar los casos concretos.

## 6. Caso concreto.

Los expedientes de tutela T-1.946.886 y T-1.949.426, fueron seleccionados para revisión por la Sala Número Ocho por medio del auto del 22 de agosto de 2008, en el que también se dispuso su acumulación por presentar unidad de materia.

### 6.1 Expediente T-1.946.886

Conforme con las pruebas que obran en el expediente, encuentra esta Sala de Revisión que en el presente caso están acreditados los siguientes hechos:

- Que el menor Simón, de 4 años de edad, está afiliado a Cafesalud EPS en calidad de beneficiario de su padre.
- Que el menor fue diagnosticado por un médico particular con trastorno generalizado para el desarrollo -espectro autista-, por lo que se le prescribió terapia comportamental tipo ABA.
- Que la terapia comportamental tipo ABA le ha sido aplicada al menor en la institución Horizonte ABA Terapia Integral, entidad no incluida en la red de prestadores de Cafesalud EPS, y tiene un costo mensual de tres millones ochocientos mil pesos (\$3.800.000), el cual ha sido asumido por el padre del menor.
- Que los médicos de la institución particular y de Cafesalud EPS han coincidido en indicar que los resultados de la terapia comportamental tipo ABA que ha venido siendo aplicada por la institución Horizonte ABA Terapia Integral, han tendido resultados positivos en la mejoría de la enfermedad que padece el menor.
- Que si bien, inicialmente el costo del citado tratamiento fue asumido por la familia del menor, en la actualidad solamente el padre se encuentra trabajando, por lo que los ingresos familiares se han mermados, y en consecuencia no es posible que continúen asumiendo el valor del mismo.
- Que por lo anterior, el padre del infante acudió a Cafesalud EPS para que se le valorara, y se señalara el tratamiento necesario para su caso.
- Que el menor fue diagnosticado por el médico tratante, con trastorno generalizado para el desarrollo -espectro autista-, y remitido a la institución Bioimagen para su tratamiento. Sin embargo, en concepto del demandante, la frecuencia, duración y grado de especialización de quienes aplican el tratamiento no cumplen con las necesidades mínimas que permitan la continuidad en la evolución positiva del estado de salud del menor.
- Que el padre del menor solicitó a Cafesalud EPS que remitiera a su hijo a una institución de salud especializada en el tratamiento de niños con autismo, que ofreciera el tratamiento requerido en las condiciones de calidad que permitan continuar con la mejoría en el estado

de salud del menor que había mostrado.

- Que con respecto a la situación familiar del accionante, él está casado con la madre del menor y que éste es su único hijo.

- Que en lo que hace relación a su situación económica señala que (i) su esposa no trabaja actualmente; (ii) que recibe la suma de tres millones ochocientos mil pesos (\$3.800.000) como salario mensual derivado del contrato de trabajo que tiene con las Universidades Externado de Colombia y Piloto de Colombia; que (iii) es deudor de un crédito por valor de sesenta y cuatro millones de pesos (\$64.000.000) del cual paga dos millones trescientos mil pesos (\$2.300.000) mensuales por causa de la compra del apartamento en el que vive con su familia; y que (iv) los ingresos restantes los destina a la satisfacción de las necesidades familiares.

Vistos los anteriores hechos y con fundamento en las consideraciones generales pasa esta Sala de Revisión a resolver el problema jurídico planteado.

Tal y como señaló en las consideraciones generales de esta sentencia, el derecho a la salud de los menores es autónomamente fundamental, y es deber de la familia, la sociedad y el Estado garantizar su desarrollo armónico e integral. Adicionalmente cuando ellos padezcan de una discapacidad, son merecedores de una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico, lo cual implica que se les debe garantizar un tratamiento integral que permita lograr su rehabilitación.

Particularmente, como se indicó previamente, conforme con las normas pertinentes, le corresponde a las EPSs la prestación de los servicios de salud a sus afiliados a través de las IPS con las que tenga convenios para el efecto. Sin embargo en el caso de niños con discapacidad la idoneidad de las instituciones médicas debe estar debidamente acreditada de manera que ofrezca al menor un tratamiento de calidad adecuado para el manejo de su enfermedad. Lo anterior implica que si en un caso concreto el médico tratante considera que el menor discapacitado requiere de un tratamiento específico, y no existe una entidad vinculada a la correspondiente EPS que lo proporcione de manera adecuada, la entidad está en la obligación de autorizar el correspondiente tratamiento a su cargo, incluso en instituciones que no se encuentren dentro de su red de prestadores.

En este caso observa la Corte que al menor se le venía prestado la terapia comportamental tipo ABA en la institución Horizonte ABA Terapia Integral, la cual se encuentra fuera de la red de prestadores de Cafesalud EPS, cuyo costo era asumido por el padre del niño.

Sin embargo encuentra esta Sala de Revisión que en la actualidad no es posible que la familia de Simon continúe asumiendo el costo del citado tratamiento, el cual corresponde a tres millones ochocientos mil pesos (\$3.800.000), por cuanto sus condiciones económicas han variado, en razón a que actualmente solamente el padre se encuentra trabajando y recibe un salario equivalente a tres millones ochocientos mil pesos (\$3.800.000) con el cual debe satisfacer sus necesidades, las de su esposa y las de su menor hijo, por lo que claramente no cuentan con los recursos suficientes para costear el tratamiento señalado.

Es por ello que el padre del menor solicitó a Cafesalud EPS que cubriera el 100% del valor del tratamiento que su hijo requiere en una entidad especializada que lo preste en condiciones de calidad similares a las ofrecidas por la institución Horizonte ABA Terapia Integral. Observa la Corte que la EPS le ha manifestado al accionante que la autorización del tratamiento en la institución Horizonte ABA Terapia Integral no es posible por cuanto esa institución no se encuentra en su red de prestadores, y en su lugar le ha indicado que la autorización del tratamiento que requiere el menor solamente es posible si se presta por una institución con la cual la entidad tenga convenio para el efecto. Sin embargo en concepto del accionante las entidades ofrecidas por la EPS no cumplen con las condiciones de calidad del tratamiento necesarias para que su hijo continúe con la mejoría que venía mostrando cuando el tratamiento se suministraba por parte de la institución Horizonte ABA Terapia Integral.

En este orden de ideas, aprecia la Corte que el juicio según la cual las instituciones adscritas a Cafesalud EPS no cumplen con los requerimientos de calidad necesarios para administrar la terapia comportamental tipo ABA a su hijo, en las condiciones en las que se venía prestando en Horizonte ABA Terapia Integral, no responde a un criterio científico de un galeno sino simplemente al criterio subjetivo del padre.

En este mismo sentido encuentra la Sala que si bien, en la historia clínica del menor el médico tratante indicó que gracias al tratamiento suministrado por la institución Horizonte ABA Terapia Integral el niño había presentado una mejoría significativa en su enfermedad de autismo, la prescripción médica se relaciona con la necesidad de continuar con el

tratamiento, pero no con que el mismo se continúe prestando en esa entidad.

Por lo anterior, no es posible que la Corte ordene que se preste el tratamiento solicitado en la institución particular señalada, por no contar con los elementos de juicio necesarios para el efecto. En efecto, como ya lo expresó la Sala, la falta de idoneidad de las entidades adscritas a Cafesalud EPS para la prestación del tratamiento que el menor requiere, proviene de una apreciación subjetiva del demandante, y adicionalmente no existe orden del médico tratante del menor que el tratamiento deba ser prestado en la institución Horizonte ABA Terapia Integral,

No obstante lo anterior, para la Sala es claro que (i) el menor padece de autismo; y que (ii) gracias a la terapia comportamental tipo ABA ha mostrado una mejoría significativa en su padecimiento.

Es por ello que siguiendo el mandato constitucional conforme con el cual los menores discapacitados merecen una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico que les garantice su desarrollo armónico e integral, con fundamento lo cual les debe ser garantizado un tratamiento que permita su rehabilitación, esta Sala de Revisión protegerá el derecho fundamental a la salud del menor Simón, y en consecuencia ordenará que su médico tratante establezca la institución más idónea y especializada para el tratamiento del autismo que padece, con el fin de lograr su rehabilitación integral. Si Cafesalud EPS no contara dentro de sus IPS adscritas con una Institución de idénticas calidades, especialidad e idoneidad de Horizonte ABA Terapia Integral, el médico tratante deberá ordenar el tratamiento especializado en esa institución, a cargo de la EPS.

Finalmente, debe precisar esta Corporación que en tanto Cafesalud EPS no niega el tratamiento por considerar que esté excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, sino porque la institución Horizonte ABA Terapia Integral no se encuentra dentro de su red de prestadores, no podrá negarlo con fundamento en que es una prestación “no pos”. En todo caso, se permitirá a la EPS recobrar ante el Fosyga los gastos en los que incurra con ocasión del tratamiento del menor que no le correspondan asumir legalmente.

## 6.2 Expediente T-1.949.426

De las pruebas que obran en el expediente, encuentra la Sala de Revisión que en este caso

se acreditan los hechos que se relacionan a continuación:

- Que el menor Luis, de 6 años de edad, está afiliado a Compensar EPS en calidad de beneficiario de su madre.
- Que a los 18 meses de vida, al menor se le diagnosticó desorden generalizado del desarrollo tipo autista.
- Que por causa de su padecimiento, el menor recibe terapia física, ocupacional, y de lenguaje, cada una en sesiones individuales de 45 minutos, dos veces por semana en la institución especializada Neurorehabilitar. El niño también recibe refuerzo de educación especial dos tarde por semana, y terapia ocupacional de integración sensorial una vez por semana.
- Que gracias a las terapias señaladas el menor ha mostrado una evolución significativa en su desarrollo, por lo que en concepto de los profesionales de la salud vinculados a Neurorehabilitar, se hace necesario continuar con el tratamiento.
- Que inicialmente la madre asumió el costo del tratamiento de su hijo en la institución Neurorehabilitar corresponde a la suma de dos millones cuatrocientos mil pesos (\$2.400.000).
- Que desde el año 2007 Compensar EPS ha reembolsado parcialmente a la accionante el costo de las sesiones de las terapias que su hijo recibe en Neurorehabilitar EPS.
- Que el médico adscrito a Compensar EPS ha recomendado que el menor ingrese a una institución educativa “regular” a cursar la primaria, en la que se manejen grupos pequeños y apoyo terapéutico en el aula de clase, lo cual genera un incremento en los gastos familiares, por lo que la demandante aduce no estar en capacidad, ante esta nueva situación, de continuar asumiendo el costo del tratamiento que recibe su hijo en la institución Neurorehabilitar.
- Que la demandante es madre cabeza de familia y tiene dos hijos.
- Que con respecto a la situación económica de la accionante se observa que (i) vive en un apartamento cuyos dueños son sus hijos; (ii) recibe la suma de tres millones quinientos

veinte dos mil setecientos pesos (\$3.522.700) como salario de su actividad laboral; (ii) de lo cual se descuenta la suma de ciento veintiséis mil quinientos pesos (\$126.500) por concepto de pago de EPS; ciento veintidós mil seis cientos pesos (\$122.600) por aportes al fondo de pensiones; adicionalmente debe pagar (iv) mensualmente un crédito por valor de doscientos veintitrés mil doscientos once pesos (\$223.211); (v) el colegio de su menor hijo por la suma de quinientos doce mil pesos (\$512.000) y; (vi) los ingresos restantes los destina a la satisfacción de sus necesidades básicas y las de sus dos hijos, como son pago de servicios públicos, alimentación, transporte y vestuario entre otros.

- Que en consecuencia la accionante solicitó a Compensar EPS que asumiera el 100% del mismo en la citada entidad.

- Que Compensar EPS negó la solicitud por cuanto Neurorehabilitar no se encuentra dentro de su red de prestadores. En su lugar ofreció autorizar el tratamiento que su hijo requiere en una institución que haga parte de su red de prestadores. Sin embargo considera la accionante que las instituciones adscritas a Compensar EPS no cumplen con los requerimientos de calidad necesarios para garantizar el mismo grado de desarrollo alcanzado por el menor gracias al tratamiento recibido por parte de Neurorehabilitar.

Vistos los anteriores hechos y con fundamento en las consideraciones generales expuestas en esta providencia pasa esta Sala de Revisión a resolver el problema jurídico planteado.

Conforme con las consideraciones generales presentadas en esta providencia, el derecho a la salud de los menores es fundamental, y es deber de la familia, la sociedad y el Estado garantizar su desarrollo armónico e integral. En complemento de lo anterior, cuando un menor padezca de una discapacidad, es merecedor de una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico, lo cual implica que le debe ser garantizado un tratamiento integral que permita lograr su rehabilitación.

Particularmente, conforme con las normas pertinentes, le corresponde a las EPSs la prestación de los servicios de salud a sus afiliados a través de las IPS con las que tenga convenios para el efecto. Sin embargo en el caso de niños con discapacidad la idoneidad de las instituciones médicas debe estar debidamente acreditada de manera que ofrezca al menor un tratamiento de calidad adecuado para el manejo de su enfermedad. Lo anterior implica que si en un caso concreto el médico tratante considera que el menor discapacitado

requiere de un tratamiento específico, y no existe una entidad vinculada a la correspondiente EPS que lo proporcione de manera adecuada, la entidad está en la obligación de autorizar el correspondiente tratamiento a su cargo, incluso en instituciones que no se encuentren dentro de su red de prestadores.

Visto el caso concreto, encuentra la Corte que al menor se le venían practicando diferentes tipos de terapias (terapia física, ocupacional, y de lenguaje, refuerzo de educación especial y terapia ocupacional de integración sensorial) en la institución Neurorehabilitar, gracias a la cual el menor presenta una importante mejoría en su estado de salud, conforme con lo señalado por los médicos de la institución y de Compensar EPS.

El valor mensual del tratamiento corresponde a dos millones cuatrocientos mil pesos (\$2.400.000), del cual asumía el 90 % la accionante, y el 10% Compensar EPS, a través la figura del reembolso.

La Corte constató que las terapias física, ocupacional y de lenguaje, que la accionante solicitada para su hijo, están incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, particularmente en el Decreto 5261 de 1994, en el artículo 84, bajo los números 29112, 29113 y 29114, las cuales disponen:

“ARTICULO 84. Establecer como actividades, intervenciones y procedimientos de Medicina Física y Rehabilitación, los siguientes:

29112 Terapia física, sesión 1 hora

29114 Terapia del lenguaje, sesión”

Ahora bien observa la Corte que las circunstancias económicas de la madre han cambiado sobre la base de que el médico tratante del menor indicó la conveniencia de que ingresara a un colegio de educación “regular”, en el que se manejaran grupos pequeños y bajo la tutoría de un especialista en el aula de clase. Por lo que estaría en la imposibilidad de continuar costearo las terapias que a su menor hijo se le prestan en la institución médica particular de su preferencia.

En efecto, observa la Corte que lo anterior significaría un nuevo gasto para la accionante, lo que la imposibilita para continuar pagando con cargo a sus recursos la suma de dos millones ciento sesenta mil pesos por concepto de las terapias que el menor recibe en la institución Neurorehabilitar. Ello es así, si se tiene en cuenta que recibe ingresos por valor de tres millones quinientos veinte dos mil setecientos pesos (\$3.522.700) como salario de su actividad laboral; de lo cual se descuenta la suma de ciento veintiséis mil quinientos pesos (\$126.500) por concepto de pago de EPS; ciento veintidós mil seis cientos pesos (\$122.600) por aportes al fondo de pensiones. Adicionalmente debe pagar mensualmente un crédito por valor de doscientos veintitrés mil doscientos once pesos (\$223.211), el colegio de su menor hijo por la suma de quinientos doce mil pesos (\$512.000), y el dinero restante lo destina a la satisfacción de sus necesidades básicas y las de sus dos hijos, como son pago de servicios públicos, alimentación, transporte y vestuario entre otros. Por lo anterior advierte la Sala que ante las nuevas circunstancias, los recursos con los que cuenta la madre no son suficientes para continuar pagando el 90% del valor de las terapias que su hijo necesita, por valor de dos millones ciento sesenta mil pesos (\$2.160.000).

En vista de esta situación, la accionante acudió a Compensar EPS a solicitar que esa entidad asumiera el 100% del valor del tratamiento que su hijo recibía en la institución Neurorehabilitar. La anterior petición fue resuelta desfavorablemente por cuanto Neurorehabilitar no es una institución que se encuentre dentro de la red de prestadores del servicio de la EPS. En su lugar Compensar EPS le indicó a la demandante que las terapias solicitadas se autorización siempre y cuando fueran prestadas por una institución adscrita a ella.

En concepto de la demandante ninguna de las instituciones prestadoras del servicio de salud que hacen parte de la red de prestadores de Compensar EPS cumplen con las exigencias de calidad ofrecidas por Neurorehabilitar que han tenido resultados tan positivos en la salud del menor. Sin embargo esta afirmación corresponde a una apreciación subjetiva de la demandante, por cuanto no obra prueba en el expediente que dé cuenta de un concepto científico proveniente del médico tratante que así lo concluya.

Por lo anterior, ante la falta de prescripción médica no es posible que esta Corporación ordene directamente que al menor se le presten las terapias que la madre solicita en la institución Neurorehabilitar. Sin embargo con el propósito de proteger el derecho

fundamental a la salud del menor, esta Sala ordenará que el médico tratante de Luis establezca la institución más idónea y especializada para el tratamiento del autismo que padece, con el fin de lograr su rehabilitación integral. Si Compensar EPS no contara dentro de sus IPS adscritas con una Institución de idénticas calidades, especialidad e idoneidad de Neurorehabilitar, el médico tratante deberá ordenar el tratamiento especializado en esa institución a cargo de Compensar EPS.

Lo anterior sobre la base de que, tal y como lo constató la Corte, las terapias que el menor requiere para su rehabilitación están incluidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo. Por ello, en este caso no hay lugar a autorizar a Compensar EPS a recobrar ante el Fosyga suma alguna.

#### IV. DECISION

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

#### RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 11 de febrero de 2008 por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, y en su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2007 por el Juzgado Treinta y Cinco Penal Municipal de Bogotá en la que concedió la acción de tutela promovida por Óscar en representación de su menor hijo. En consecuencia TUTELAR el derecho fundamental a la salud del menor Simón, por las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo. ORDENAR que el médico tratante del menor Simón, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados desde la notificación de esta providencia, establezca la institución más idónea y especializada para el tratamiento del autismo que padece, con el fin de lograr su rehabilitación integral. Si Cafesalud EPS no contara dentro de sus IPS adscritas con una Institución de idénticas calidades, especialidad e idoneidad de Horizonte ABA Terapia Integral, el médico tratante deberá ordenar el tratamiento especializado en esa institución.

Tercero. AUTORIZAR a Cafesalud EPS para que, a través del FOSYGA, recupere todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la

parte motiva de esta providencia. 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. REVOCAR la sentencia proferida el 21 de mayo de 2008 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, en la que se confirmó la sentencia del 11 de marzo de 2008 proferida por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Bogotá, por las cuales se negó el amparo solicitado por María en representación de su menor hijo, y en su lugar TUTELAR el derecho fundamental a la salud del niño Luis, por las razones expuestas en la presente providencia.

Quinto. ORDENAR que el médico tratante del menor Luis, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados desde la notificación de esta providencia, establezca la institución más idónea y especializada para el tratamiento del autismo que padece, con el fin de lograr su rehabilitación integral. Si Compensar EPS no contara dentro de sus IPS adscritas con una Institución de idénticas calidades, especialidad e idoneidad de Neurorehabilitar, el médico tratante deberá ordenar el tratamiento especializado en esa institución.

Sexto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

## Secretaría General

1 Ver entre otras las sentencias C-504 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T- 799 de 2006. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-707 de 2007 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

2 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

3 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-046 de 1999 M. P. Hernando Herrera Vergara, T-117 de 1999 M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-093 de 2000 M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-153 de 2000 M. P. José Gregorio Hernández Galindo y T-819 de 2003 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 Ver sentencias T-799 de 2006 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T- 797 DE 2007 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Ver sentencia T- 695 DE 2007 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa en la que se indicó que: En la sentencia T-037 de 2006 se recordaron algunos de estos instrumentos: “(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 2° 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; (5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; (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”.

6 Ver sentencia T - 973 de 2006. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 Un antecedente importante de esta protección reforzada se encuentra en la sentencia T-179 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) en la cual se estudió el caso de un grupo de niños a quienes el ISS había suspendido los tratamientos para diversos tipos de discapacidades ya que el contrato con la entidad que venía realizando el tratamiento había terminado y no fue renovado. La Corte ordenó al ISS prestar tratamientos adecuados y especializados a cada uno de los niños. En dicha providencia se señaló en cuanto a la protección de los niños discapacitados: “(...) a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno)”. Esta jurisprudencia ha sido reiterada, entre otros, en los siguientes casos: T-201 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-518 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-282 de 2006 (MP Alfredo

Beltrán Sierra), T-569 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-069 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-801 de 2004 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-706 de 2003 (MP Álvaro Tafur Gálvis), T-225 de 2003 (Clara Inés Vargas Hernández), T-134 de 2001 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-1158 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

8 Ver Sentencia T- 695 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 Ver Sentencia T-695 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

11 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

12 Ver Sentencia T-518 de 2006 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “De acuerdo con el artículo 1° de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, las EPS son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS por intermedio de las IPS con las que cada una establezca convenios para el efecto.

Excepcionalmente, los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como la atención de urgencias (artículo 10 ibídem), cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para la recibir un servicio específico, o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS (artículo 14 ibídem).”

13 Ver Sentencia T-518 de 2006 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Sin embargo, en la Sentencia T-412 de 2004<sup>13</sup> la Corte determinó que en los casos de los niños discapacitados la idoneidad de la institución adscrita debe encontrarse plenamente acreditada, de manera que ésta pueda ofrecer al menor el tratamiento integral e idóneo para el manejo de la enfermedad.