Sentencia T-127/22

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

(…), los (niños, niñas y adolescentes) NNA en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y, en este orden de ideas, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a garantizar la primacía de sus derechos, incluyendo el acceso efectivo de forma preferente, prevalente y sin trabas administrativas a los servicios cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Jurisprudencia constitucional

DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional reforzada

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

SUMINISTRO DE SILLA DE RUEDAS EN EL SISTEMA DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

(…) cuando el juez constitucional estudie una acción de tutela interpuesta para efectos de solicitar la autorización y entrega de una silla de ruedas de impulso manual, deberá determinar si existe orden médica. De advertir la existencia de la citada prescripción, le corresponderá conceder el amparo de los derechos fundamentales y acceder a su entrega. De lo contrario, tendrá que establecer si se evidencia la necesidad de la tecnología a través de la historia clínica y las demás pruebas allegadas al expediente, caso en el cual tutelará las prerrogativas invocadas y ordenará la entrega de la tecnología requerida, siempre que así lo ratifique el médico tratante. Finalmente, en caso de carecer de prescripción médica y de no advertir con certeza la necesidad de la silla de ruedas, se deberá tutelar el derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, para efectos de que la EPS valore la necesidad de prescribir o no la tecnología señalada al paciente.

Referencia: Expediente T-8.401.563

Asunto: Acción de tutela interpuesta por DLFD, en representación de su hijo menor de edad TBF, en contra de la EPS Compensar.

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, por medio de la cual se estudió el amparo propuesto por DLDF, en representación de su hijo menor de edad TBF, en contra de la EPS Compensar (en adelante "Compensar").

I. ANTECEDENTES

A. CUESTIÓN PREVIA

La presente acción de tutela tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de un menor de edad, que involucra el tratamiento de datos sensibles relativos a su salud1. Por tal razón, y en aras de proteger su intimidad, privacidad y el ejercicio pleno de sus derechos, se emitirán respecto de este caso dos copias del mismo fallo, diferenciándose en que se sustituirán los nombres reales de los sujetos involucrados, en aquella que se publique por la Corte Constitucional. Así las cosas, en esta providencia se hará referencia al niño con las

siglas TBF y a la madre con las abreviaturas DLFD.

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. La accionante, actuando en representación de su hijo TBF, interpuso acción de tutela en contra de Compensar, por considerar que dicha EPS vulneró los derechos fundamentales del menor de edad a la salud, a la vida digna y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”).

1. De acuerdo con lo señalado en la demanda, TBF tiene 6 años2 y presenta un diagnóstico de parálisis cerebral infantil con hemiparesia espástica, epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos, hidrocefalia secundaria y retraso global en el neurodesarrollo3. Estas patologías le han ocasionado una condición de discapacidad permanente4.

1. En atención al citado diagnóstico, el menor de edad tiene, en la actualidad, asignado un coche neurológico, usa férulas en los pies y le fue prescrito por el médico tratante el medicamento “fenobarbital”5, el cual resulta esencial para evitar las convulsiones y que, según sostiene la accionante, no le ha sido suministrado por parte de Compensar.

1. El 11 de junio de 2020, la Junta Médica Física y de Rehabilitación de la IPS Rangel consideró que el coche neurológico debía ser reemplazado por una tecnología que se adaptara a las condiciones de crecimiento del menor de edad y, por ende, ordenó la entrega de una silla de ruedas pediátrica a TBF, por lo que, ese mismo día, la señora DLFD solicitó a la accionada la autorización y entrega del mismo.

1. Sin embargo, el 12 de agosto del año en cita, Compensar negó la entrega del servicio solicitado, con el argumento de que éste no se encuentra previsto en el Plan de Beneficios de Salud (en adelante "PBS"). Para justificar esta decisión, la EPS invocó el parágrafo 2 del artículo 60 de la Resolución 2481 de 20206, norma que, a su juicio, establece que esa categoría de dispositivos no puede ser financiada con los recursos de la UPC y que, por ese motivo, le corresponde a la accionante acercarse ante las autoridades distritales de salud para efectos de gestionar su apoyo7.

1. En relación con lo anterior, la accionante manifestó que no cuenta con recursos para cubrir el costo de la silla de ruedas pediátrica ordenada por los médicos tratantes, en la medida en que, con su salario, cubre todos los gastos de su núcleo familiar, lo que incluye asumir el valor de las necesidades que se derivan del cuidado de su hijo menor de edad en situación de discapacidad8.

1. En virtud de los hechos expuestos, la accionante interpuso acción de tutela el día 20 de abril de 2021, pues considera que Compensar vulneró los derechos de su hijo a la salud, a la vida digna y a los derechos de los NNA. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se ordene a la accionada la entrega de la silla de ruedas pediátrica formulada por los médicos tratantes9.

A. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

1. En auto del 21 de abril de 2021, el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá procedió a admitir la acción de tutela de la referencia, notificó su contenido a Compensar EPS y vinculó al Ministerio de Salud y de la Protección Social10.

Respuesta de Compensar EPS11

1. En escrito remitido el 26 de abril de 2021, el apoderado de Compensar solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, al considerar que carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto, a su juicio, la entidad responsable de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de TBF es el Ministerio de Salud y de la Protección Social, como quiera que las limitaciones que se imponen a los médicos para efectos de autorizar el tipo de insumos que se reclama proviene de dicha entidad, al establecer –en el parágrafo 2 del artículo 60 de la Resolución 2481 de 2020– que los mismos no podrán ser financiados a través de la UPC. En este sentido, manifestó que dicha EPS no negó la autorización de la entrega de la silla de ruedas pediátrica de forma caprichosa, sino fundamentada en los reglamentos expedidos por la máxima autoridad en salud del país.

1. En caso de considerar que la acción de tutela es procedente, Compensar argumentó que no ha vulnerado derecho fundamental alguno del menor de edad, en la medida en que le ha garantizado todos los servicios de salud disponibles en el PBS. Sobre la base de lo manifestado por la accionante, comunicó que el medicamento “fenobarbital”, prescrito por el médico tratante, fue entregado el 27 de marzo de 2021, de acuerdo con información remitida por parte de la IPS Audifarma, institución encargada del suministro del mencionado medicamento12. Asimismo, insistió en que no le asiste responsabilidad en la entrega de la silla de ruedas pediátrica, ya que, en todo caso, la demandante puede acudir a las autoridades distritales de salud, las cuales deben crear programas orientados a mejorar las condiciones de la población vulnerable, según lo dispuesto en la Ley 715 de 2001 y, en ese sentido, garantizar recursos para efectos de la entrega de insumos como el que se reclama.

1. Finalmente, en el evento de acceder al amparo de los derechos invocados, Compensar solicitó que no se ordene un tratamiento integral, puesto que se trata de una orden fundamentada en la presunción de la mala fe de la EPS, frente a hechos futuros, inciertos y aleatorios13.

Respuesta del Ministerio de Salud y de la Protección Social

1. A pesar de que el Ministerio de Salud y de la Protección Social fue debidamente vinculado al proceso y, además, se le notificó del auto admisorio de la demanda por parte del juez de primera instancia, dicha entidad no intervino en el trámite en el término otorgado para el efecto.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá

1. En sentencia del 3 de mayo de 2021, el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá decidió declarar improcedente la acción de tutela interpuesta. En su criterio, consideró que no se acreditaba el requisito de inmediatez, dado que la prescripción médica de entrega de la silla de ruedas pediátrica fue realizada el 11 de junio de 2020, mientras que el amparo se interpuso el 20 de abril de 2021, término que consideró desproporcionado, en atención a la pretensión cuya finalidad es la de garantizar la salvaguarda del derecho a la salud.

1. Por lo demás, estimó que se había configurado una carencia actual de objeto por hecho superado frente a la entrega del medicamento “fenobarbital”, por cuanto la EPS informó que ya se había realizado la entrega a la accionante. Esta decisión no fue impugnada por la accionante.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. Esta Sala de Revisión es competente para proferir sentencia en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del auto del 29 de octubre de 2021, expedido por la Sala Número Nueve de Selección de esta corporación.

A. CUESTIÓN PREVIA: PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. De acuerdo con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para el ejercicio de la acción de tutela se deben acreditar unos requisitos que permitan establecer su procedencia para resolver el problema jurídico puesto en conocimiento del juez constitucional. Así las cosas, la Sala Tercera de Revisión de la Corte procederá a realizar un análisis sobre (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la inmediatez y, por último, (iii) la subsidiariedad.

1. Legitimación en la causa por activa: El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela directamente o a través de un representante que actúe en su nombre14.

1. En este sentido, si bien el titular de los derechos fundamentales es quien, en principio, tiene la carga de interponer el amparo, lo cierto es que es posible que un tercero acuda, en su representación, ante el juez constitucional. En efecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en lo referente al ejercicio de la acción de tutela por parte de una tercera persona, establece que la solicitud de tutela puede ser presentada por (i) el representante legal de la

persona que ha visto vulneradas sus prerrogativas; (ii) por la persona que agencie oficiosamente sus derechos; o (iii) por el Defensor del Pueblo o los personeros municipales15.

1. Tratándose de los menores de edad, la jurisprudencia constitucional ha indicado que (i) éstos pueden acudir directamente a la acción de tutela; o (ii) puede promoverse la defensa de sus derechos a través de sus representantes legales. Sin embargo, cabe aclarar que, en el inciso tercero del artículo 44 de la Constitución, se dispone que "la familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos", circunstancia por la cual, prima facie, "cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores". Aun cuando de la citada norma parecería inferirse un mandato amplio de legitimación, es preciso señalar que su alcance ha sido objeto de limitación por la Corte, a partir de las reglas que se derivan de la patria potestad que ostentan los padres16, y de la procedencia excepcional de la agencia oficiosa17. En este sentido, se ha señalado que:

"En aquellos [casos] en que se busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, la agencia oficiosa sólo será procedente cuando sus padres o, en ausencia de ellos, sus representantes legales, primeros llamados a su protección, estén imposibilitados física o mentalmente para representarlos o cuando, pudiendo hacerlo, no acudan en su defensa. Esta subregla se deriva, por una parte, del reconocimiento que como derecho fundamental le otorga la Constitución a la honra, a la dignidad y a la intimidad de la familia (CP arts. 15 y 42), aunado al rol que se prevé para dicha institución como motor para la protección, amparo y desarrollo de sus integrantes (CP arts. 5, 42 y 44). Y, por la otra, responde a la lógica misma del Decreto 2591 de 1991, en donde la legitimación por activa de la acción de tutela se sujeta a la actuación del titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, directamente o a través de sus representantes, y sólo en aquellos casos en que ello no resulte posible, habilita el actuar del agente oficioso, tal como ya se explicó. Incluso, el artículo 44 del Texto Superior, sujeta la obligación de asistir y proteger al niño, por virtud del cual cualquier persona 'puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores', a un orden lógico de actuación, esto es, en primer lugar, la familia y, en segundo término, la sociedad y el Estado"18.

1. En el caso concreto, se advierte que la señora DLFD interpuso la acción de tutela en nombre de su hijo, el menor de edad TBF, titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, y a quien Compensar le negó la autorización y entrega de una silla de ruedas pediátrica. Debido a lo anterior, la Sala considera que se acredita el requisito de legitimación en la causa por activa, pues el amparo se promueve en virtud de la representación legal que detentan los padres respecto de sus hijos, en desarrollo de la patria potestad.

1. Legitimación en la causa por pasiva: El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental19. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo III del citado Decreto, particularmente, conforme a las hipótesis que se encuentran plasmadas en el artículo 4220. Entre ellas, se permite el ejercicio del amparo constitucional contra los particulares que estén encargados de la "prestación del servicio público de salud", como lo señala de forma expresa el numeral 2 del artículo en cita.

1. Ahora bien, la Corte ha sostenido que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos exigencias: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

1. En el caso que nos ocupa, la Sala de Revisión observa que Compensar está legitimada en la causa por pasiva, por una parte, porque a pesar de su condición de ente particular, es una entidad promotora de salud en los términos del artículo 177 de la Ley 100 de 1993, la cual tiene a su cargo la labor de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del

servicio de salud a sus afiliados21; y por la otra, porque es la EPS a la que se encuentra afiliado el menor de edad y quien decidió negar la entrega de la silla de ruedas pediátrica prescrita por los médicos tratantes, cuya garantía se vincula con la protección de los derechos a la salud, a la vida digna y a los derechos de los NNA.

1. De otro lado, si bien el Ministerio de Salud y de la Protección Social es una entidad pública del nivel central del Gobierno Nacional22; lo cierto es que no se advierte que se encuentre legitimada en la causa por pasiva, en la medida en que la conducta vulneradora que se endilga por el extremo accionante, esto es, la falta de autorización y entrega de una silla de ruedas pediátrica prescrita por el médico tratante, no está directa o indirectamente relacionada con las funciones a su cargo. Por tal razón, en lo que atañe a esta autoridad pública, en la parte resolutiva de esta decisión, se la desvinculará del proceso de tutela.

1. Inmediatez: Este tribunal ha expuesto que el propósito de la acción de tutela es asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, como se infiere de lo previsto en el artículo 86 del Texto Superior. Esto significa que el amparo, por querer del Constituyente, corresponde a un medio de defensa judicial previsto para dar una respuesta oportuna, en aras de garantizar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza, lo que se traduce en la obligación de procurar su ejercicio dentro de un plazo razonable, pues de lo contrario no se estaría ante el presupuesto material y necesario para considerarlo afectado23.

1. Además de lo anterior, es claro que el requisito de inmediatez evita que el amparo se emplee como un medio que premie la desidia y la indiferencia en la defensa de los derechos, al tiempo que impide que se convierta en un factor de inseguridad jurídica, sobre todo cuando se reclama la solución de situaciones litigiosas o cuando de por medio se hallan derechos de terceros.

1. Si bien la Constitución y la ley no establecen un término de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha señalado que le corresponde al juez de tutela –en cada caso en concreto– verificar si el plazo fue razonable, es decir, si teniendo en cuenta las circunstancias personales del actor, su diligencia y sus posibilidades reales de defensa, y el surgimiento de derechos de terceros, la acción de tutela se interpuso oportunamente24. Este cálculo se realiza entre el momento en que se genera la actuación que causa la vulneración o amenaza del derecho y aquél en la que el presunto afectado acude al amparo para solicitar su protección.

1. Para determinar la razonabilidad del tiempo, en procura de establecer si existe o no una tardanza injustificada e irrazonable, este tribunal ha trazado las siguientes subreglas25: (i) que exista un motivo válido para la inactividad del actor; (ii) que el mismo no vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión o bienes constitucionalmente protegidos de igual importancia26; y (iii) que exista un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos del interesado. Excepcionalmente, si el fundamento de la acción de tutela surge después de acaecida la actuación vulneradora de los derechos fundamentales, de cualquier forma, (iv) su ejercicio debe realizarse en un plazo no muy alejado de dicha situación27.

1. En el caso bajo examen, se tiene que la última actuación de Compensar fue la negativa del 12 de agosto de 2020 a la autorización y entrega de la silla de ruedas pediátrica28; mientras que la acción de tutela fue interpuesta por la parte demandante el día 20 de abril de 202129. De esta manera, entre uno y otro momento transcurrió aproximadamente 8 meses, plazo que esta Sala de Revisión estima razonable, en atención a las circunstancias propias que rodean la condición de salud de TBF, quien es un sujeto de especial protección constitucional, no solo por ser un menor de edad, sino también por su situación de discapacidad permanente. En igual sentido, la Sala advierte que la conducta vulneradora permanece en el tiempo y que los hechos ocurrieron durante los meses en los que estuvieron vigentes la mayoría de las restricciones de movilidad impuestas para conjurar la emergencia ocasionada por la pandemia del COVID-19.

1. Subsidiariedad: De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es (i) improcedente si existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico sometido a decisión y no existe el riesgo de que opere un perjuicio irremediable respecto de los derechos alegados. A esta regla general, se adicionan dos hipótesis específicas que se derivan de la articulación de los citados conceptos, conforme a las cuales: (ii) el amparo es procedente de forma definitiva, si no existen medios judiciales de protección que sean idóneos y eficaces para resolver el asunto sometido a consideración del juez; y, por el contrario, es (iii) procedente de manera transitoria, en el caso en que la persona disponga de dichos medios, pero exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable. En este caso, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

1. Un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados30. Lo anterior implica que el juez constitucional no puede valorar la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa judicial en abstracto. Por el contrario, debe determinar si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante y los hechos y circunstancias que rodean el caso, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que estima vulnerados de manera oportuna e integral.

1. Por lo demás, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergable, porque se busca el restablecimiento forma inmediata.

Procedencia de la acción de tutela en asuntos relacionados con el desconocimiento del

derecho a la salud – Reiteración de Jurisprudencia

1. Tratándose de discusiones relacionadas con el derecho a la salud, en primer lugar, cabe resaltar que el legislador le asignó a la Superintendencia Nacional de Salud el ejercicio de función jurisdiccional en la materia, a través de la Ley 1122 de 200731. En particular, en el literal a) del artículo 41 del citado régimen legal, se previó que dicha entidad podría conocer y fallar en derecho conflictos referentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el plan de beneficios, siempre que la negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario32.

1. Para tal efecto, se estableció que la Superintendencia Nacional de Salud tendría que adelantar un procedimiento preferente y sumario no sujeto a los términos dispuestos en el Código General del Proceso33, sin perjuicio de lo cual se le impondría el deber de ser respetuoso con el derecho al debido proceso y sometido a los principios de eficacia, publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía y celeridad34. El trámite igualmente sería informal y, por ende, alejado de la exigencia de contar con un abogado35, pero autorizando la posibilidad de decretar medidas provisionales para evitar la ocurrencia de daños irreversibles36.

1. Sin embargo, en la sentencia SU-508 de 2020 este tribunal se refirió a algunas situaciones jurídicas y estructurales que afectan la idoneidad del mecanismo judicial dispuesto ante la Superintendencia Nacional de Salud37. En efecto, en esa oportunidad la Sala Plena argumentó que (i) la Ley 1122 de 2007 y sus modificaciones, dejaron algunos vacíos sobre la reglamentación del proceso, en la medida en que (a) no se estableció con certeza el término para la resolución de la apelación que se surte ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial; (b) se fijó una competencia limitada a cargo de la Superintendencia, que se solo se activa ante la negativa de la prestación del servicio; (c) no se estableció un mecanismo que permita garantizar el cumplimiento de la decisión judicial; y (d) se exigen mayores cargas al agente oficioso, quien está obligado a prestar caución. Aunado a lo

anterior, se explicó que (ii) la Superintendencia Nacional de Salud ha informado a la Sala de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008 de la existencia de algunos inconvenientes administrativos para efectos de resolver estas controversias38, en tanto que (a) le es imposible dictar sentencia en 10 días; (b) tienen un retraso de entre dos y tres años en la resolución de estos procesos; y (c) la entidad no cuenta con suficientes regionales para efectos de atender las demandas interpuestas en todo el país.

1. Por lo anterior, la Sala Plena de la Corte concluyó que el mecanismo judicial dispuesto ante la mencionada Superintendencia tan solo tendría la condición de ser un medio plenamente idóneo para la protección del derecho a la salud, hasta tanto se resuelvan las dificultades que se advirtieron en el ejercicio de dicha herramienta jurisdiccional. En este orden de ideas, le corresponderá al juez constitucional realizar el análisis sobre la idoneidad y la eficacia del citado mecanismo, frente a las condiciones particulares del caso puesto a su consideración.

1. En el asunto bajo examen, se advierte que el mecanismo judicial previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 no es idóneo ni eficaz para resolver el caso puesto en consideración de la Sala Tercera de Revisión, porque resulta claramente desproporcionado imponer la carga a la accionante de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para efectos de discutir la controversia planteada, dadas las dificultades observadas por la Sala Plena respecto de la aptitud y suficiencia de este proceso, sobre todo por el retraso que existe para su definición, supuesto que dilataría la discusión sobre la entrega de un dispositivo que fue ordenado por los médicos tratantes, con miras asegurar la vida digna de un niño en condición de discapacidad, como sujeto de especial protección constitucional.

1. De esta manera, destaca esta Sala la situación en la que se encuentra TBF, (i) las potenciales vulneraciones al derecho a la salud por parte de la EPS, tiene un vínculo directo con la garantía de los derechos a la salud, a la integridad y a la locomoción de un niño en condición de discapacidad permanente. Por tal situación; (ii) su reconocimiento adquiere un

carácter de urgencia, ya que se relaciona directamente con la salvaguarda de la vida de un menor en condiciones dignas; y (iii) el cual, por lo demás, tiene una doble condición de sujeto de especial protección constitucional (niño en situación de discapacidad), lo que refuerza la necesidad de que su reclamación sea valorada con prioridad, eficiencia que el procedimiento ordinario laboral no brinda en este caso39.

1. Así las cosas, respecto del asunto bajo examen, esta Sala de Revisión considera que el amparo constitucional es procedente, ya que TBF no cuenta con un mecanismo de defensa judicial distinto de la acción de tutela, que le permita obtener, con idoneidad y eficacia, la defensa de sus derechos a la salud, a la vida digna y a los derechos de los NNA.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Cabe precisar que aun cuando en los hechos de la demanda, la accionante se refiere a la falta de entrega del medicamento “fenobarbital”, no se incluye una pretensión dirigida a obtener su suministro, toda vez que la reclamación se limita a la silla de ruedas pediátrica. Sin embargo, como quedó probado en este expediente, no se evidencia una potencial vulneración respecto al suministro de dicho medicamento. En consecuencia, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión responder el siguiente problema jurídico: ¿vulnera la EPS Compensar los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a los derechos de los NNA del menor de edad TBF, al negarle la autorización y la entrega de una silla de ruedas pediátrica que le fue ordenada por los médicos tratantes, con el argumento de que se trata de un servicio excluido del plan de beneficios en salud?

1. Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, la Corte reiterará las reglas jurisprudenciales relativas (i) al derecho a la salud de los NNA en condición de discapacidad, teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor de edad; luego de lo cual abordará (ii) el examen de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el PBS, siguiendo lo resuelto por este tribunal en la sentencia SU-508 de 2020. Con base en lo expuesto, se (iii)

procederá a resolver el caso concreto.

A. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD COMO COMPONENTE DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD. Reiteración de jurisprudencia

1. El artículo 44 de la Constitución establece que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. La fórmula anterior, proviene de la consagración de Colombia como un Estado Social de Derecho y se traduce en el especial grado de protección que tienen los menores de edad en la sociedad, pues se trata de sujetos en condiciones de vulnerabilidad40. En este orden de ideas, la garantía del interés superior de los NNA es un asunto que compete a la familia, a la sociedad en general y al Estado41, por lo que todas las medidas que les conciernan deben atender a un trato preferente, de forma que se asegure su desarrollo integral y armónico como miembros de la comunidad42.

1. La fórmula relativa al especial y preferente cuidado que se debe otorgar a los menores de edad se encuentra prevista en el derecho internacional, en tanto que en ese escenario también han sido catalogados como sujetos de especial protección, con la finalidad de que los Estados implementen políticas y medidas tendientes a garantizar el ejercicio pleno de sus derechos43. Precisamente, respecto de los derechos de los NNA en situación de discapacidad, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el derecho a recibir cuidados especiales, así como el deber de los Estados de alentar y asegurar la asistencia adecuada que requieran, brindando apoyo a los padres según sus circunstancias económicas y con sujeción a los recursos disponibles. En igual sentido, diferentes salas de revisión han considerado que la protección constitucional reforzada de los menores de edad en condición de discapacidad es mayor, por tratarse de sujetos en circunstancias especiales de debilidad manifiesta44.

1. En el ordenamiento jurídico interno se han desarrollado los principios constitucionales y las obligaciones internacionales contraídas por Colombia en materia de protección de los menores de edad en situación de discapacidad. En efecto, en materia de salud, el artículo 36 de la Ley 1098 de 200645 establece que “todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento especializado, rehabilitación y cuidados especiales en salud, educación, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención (…)”. Lo que resulta armónico con los numerales 9 y 12 del artículo 46 de la misma ley, los cuales contemplan las obligaciones especiales y correlativas del sistema de seguridad social en salud con los NNA46.

1. Adicional a lo expuesto, el artículo 11 de la Ley 1751 de 201547 precisó que la atención en salud de los menores de edad en condición de discapacidad no deberá estar limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica, en la medida en que se trata de sujetos que gozan de una especial protección por parte del Estado48.

1. En conclusión, los NNA en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y, en este orden de ideas, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a garantizar la primacía de sus derechos, incluyendo el acceso efectivo de forma preferente, prevalente y sin trabas administrativas a los servicios cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud49.

A. SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD INCLUÍDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS. Reiteración de jurisprudencia50

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1751 de 201551, el derecho a la salud es fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Esta mención dada por el legislador responde a una nueva concertación sobre su contenido, que

se origina desde la sentencia T-859 de 2003, posteriormente reiterada en la sentencia T-760 de 2008, en la que la Corte ya había admitido el carácter fundamental de este derecho, a través de una reconceptualización que advierte que sus pretensiones se encuentran vinculadas de forma directa con la garantía de la dignidad humana, y que, por ello, superan el carácter principalmente programático y prestacional de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, como primera aproximación que esta corporación le otorgó al derecho a la salud52.

1. Siguiendo lo expuesto, y con miras a determinar el contenido prestacional del derecho fundamental a la salud, en la sentencia C-313 de 201453, la Corte explicó que la Ley 1751 de 2015 contempla un modelo de exclusión expresa, por virtud del cual el legislador abandonó la distinción entre servicios y tecnologías de la salud: (i) excluidos expresamente, (ii) incluidos expresamente e (iii) incluidos implícitamente, y optó por una regla general en la que todo servicio que no esté expresamente excluido, se encuentra incluido dentro del plan de beneficios. Así las cosas, en la sentencia en cita se fijaron las siguientes subreglas:

i. Las exclusiones deben fundamentarse en los criterios previstos en el inciso 2° del artículo 15 de la Ley 1751 de 201554.

i. Toda exclusión deberá ser expresa, clara y precisa, para ello el Ministerio de Salud o la autoridad competente deberá establecer cuáles son los servicios y tecnologías excluidos, mediante un procedimiento técnico científico público, colectivo, participativo y transparente; y

i. Es posible que el juez de tutela excepcione la aplicación de la lista de exclusiones, siempre y cuando, se acredite que: (a) la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud

vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas; (b) no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario; (c) el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores; y (d) el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.

1. Más allá del modelo de exclusión expresa, uno de los principales componentes de la salud es el derecho al diagnóstico, cuya conceptualización se llevó a cabo en la sentencia SU-508 de 2020, en la que esta corporación explicó que "se trata de un componente integral del derecho fundamental a la salud e implica una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere". Por lo demás, señaló que, para efectos de que exista un diagnóstico eficaz, es necesario que se agoten las siguientes etapas: "(i) la etapa de identificación, que comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente; (ii) una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso y; (iii) finalmente, los especialistas prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente"55.

1. En la mencionada sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena de la Corte planteó las subreglas unificadas en relación con los servicios de salud que allí fueron estudiados, respecto de los cuales se hará especial énfasis, para el caso que nos ocupa, en la subregla relacionada con el suministro de sillas de ruedas56:

Servicio

Subregla

Sillas de ruedas de impulso manual

i. Están incluidas en el PBS.

ii. Si existe una prescripción médica, se puede ordenar directamente su entrega por vía de tutela.

iii. Si no existe orden médica, se advierten estas dos alternativas:

a. Si se evidencia que su entrega constituye un hecho notorio, a través de la verificación de la historia clínica o de otras pruebas allegadas al expediente, el juez de tutela puede ordenar su suministro directo, condicionado a la ratificación posterior de la necesidad por parte del médico tratante.

b. Si no se evidencia un hecho notorio, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, cuando se requiera una orden de protección.

(iv) Por la ley estatutaria de salud, no es necesario verificar la capacidad económica del usuario, para autorizar sillas de ruedas por vía de tutela.

1. En atención a las subreglas antes referenciadas y fijadas por la Sala Plena en la sentencia SU-508 de 2020, se advierte que las sillas de ruedas de impulso manual son una ayuda técnica que permite complementar la capacidad física de una persona lesionada en su salud o en situación de discapacidad, ya que ayuda a trasladar al usuario en condiciones de seguridad de un lugar a otro, por lo que garantiza la vida en condiciones dignas57.

1. Por lo anterior, cuando el juez constitucional estudie una acción de tutela interpuesta para efectos de solicitar la autorización y entrega de una silla de ruedas de impulso manual, deberá determinar si existe orden médica. De advertir la existencia de la citada prescripción, le corresponderá conceder el amparo de los derechos fundamentales y acceder a su entrega. De lo contrario, tendrá que establecer si se evidencia la necesidad de la tecnología a través

de la historia clínica y las demás pruebas allegadas al expediente, caso en el cual tutelará las prerrogativas invocadas y ordenará la entrega de la tecnología requerida, siempre que así lo ratifique el médico tratante. Finalmente, en caso de carecer de prescripción médica y de no advertir con certeza la necesidad de la silla de ruedas, se deberá tutelar el derecho a la salud en la faceta de diagnóstico, para efectos de que la EPS valore la necesidad de prescribir o no la tecnología señalada al paciente.

1. Ahora bien, aunque las sillas de ruedas de impulso manual son una tecnología en salud que no se encuentra expresamente excluida de las coberturas dispuestas en el PBS tal y como se explicó en los párrafos anteriores, lo cierto es que éstas no pueden ser financiadas con cargo a las UPC por disposición expresa del parágrafo 2 del artículo 60 de la Resolución 2481 de 2020. Al respecto, en la sentencia T-464 de 2018 se estableció que, en aras de garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, las EPS deben adelantar el procedimiento de recobro ante la ADRES, de conformidad con lo establecido en la Resolución 1885 de 201858, a través de la herramienta MIPRES.

1. La anterior regla fue, posteriormente, reiterada en la sentencia T-338 de 2021, providencia en la que la Sala Sexta de Revisión consideró que “en suma, esta Corporación ha reiterado que las sillas de ruedas están incluidas en el PBS. Eso significa que, cuando son ordenadas por el médico tratante, las EPS deben suministrarlas. Sin embargo, no pueden ser financiadas con cargo a la UPC. Por lo tanto, esas entidades podrán adelantar el procedimiento establecido en la Resolución 1885 de 2018, para solicitar el pago del costo de la ayuda técnica (…)”.

A. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO. LA EPS COMPENSAR VULNERÓ LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA, ASÍ COMO LOS DERECHOS DE LOS NNA, DEL MENOR DE EDAD TBF

1. Con base en las consideraciones previamente expuestas, la Sala Tercera de Revisión considera que la EPS Compensar vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a los derechos de los NNA de TBF, por haberse negado a autorizar la entrega de la silla de ruedas pediátrica manual prescrita por los médicos tratantes.

1. De las reglas jurisprudenciales señaladas en el numeral 46, se advierte que los NNA en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y, en ese orden de ideas, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a garantizar la primacía de sus derechos, incluyendo el acceso efectivo y de forma preferente, prevalente y sin trabas administrativas a los servicios cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. En reiteración de las subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena (ver supra, numerales 48 y 49), se tiene que la Ley 1751 de 2015 estableció un sistema de salud en el que todos los servicios y tecnologías en salud que no están expresamente excluidos del PBS se encuentran incluidos en éste y, por ende, deberán ser garantizados a los usuarios.

1. Esta Sala de Revisión identificó que para la época de la presentación de la acción de tutela -abril de 2021-, se encontraba vigente la Resolución 244 de 201959. Por lo cual, debe esta Sala verificar si las sillas de ruedas se encontraban expresamente excluidas en dicha resolución, o si por el contrario se deben entender incluidos en el PBS en atención al modelo de inclusiones vigente a partir de la Ley 1751 de 2015. Así, se constata que la mencionada Resolución no excluyó expresamente las sillas de ruedas manuales, por lo cual se entiende expresamente incluido en el PBS.

1. De acuerdo con lo anterior, al encontrarse incluidas las sillas de ruedas de impulso manual en el PBS, al juez constitucional le corresponderá verificar lo siguiente (ver supra, numerales 50 a 52): (i) si existe una orden médica del profesional tratante, para efectos de determinar

si accede al amparo de los derechos fundamentales y ordena la entrega de la mencionada tecnología; y (ii) en caso de no existir orden médica, el juez constitucional podrá actuar con base en un hecho notorio, para garantizar su suministro, y ante la ausencia del mismo, podrá amparar el derecho a la salud en su faceta al diagnóstico. En ninguno de los escenarios señalados, se deberá verificar la capacidad económica del usuario, para autorizar sillas de ruedas por vía de tutela. En todo caso, corresponde a la EPS adelantar el procedimiento dispuesto en la Resolución 1885 de 2018 para solicitar el pago del costo de la ayuda técnica a través de la herramienta MIPRES (ver supra, numerales 53 y 54).

1. Con fundamento en los elementos de juicio que constan en el expediente, la Sala Tercera de Revisión advierte que el día 11 de junio de 2020, la Junta Médica Física y de Rehabilitación de la IPS Rangel ordenó la entrega de una silla de ruedas pediátrica manual a TBF60, dado su diagnóstico de parálisis cerebral infantil.

1. Por consiguiente, y sobre la base de lo expuesto, la negativa de la EPS Compensar de autorizar y ordenar la entrega de la silla de ruedas prescrita por los médicos tratantes a TBF (menor de edad en situación de discapacidad), constituye una barrera real y efectiva a la prestación del servicio de salud y, por ende, una transgresión de sus derechos fundamentales. En este orden de ideas, la Sala Tercera de Revisión revocará la decisión del juez de tutela de única instancia y, en su lugar, amparará los derechos a la salud, a la vida digna y a los derechos de los NNA del menor de edad TBF y ordenará a la EPS Compensar que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para entregar la silla de ruedas pediátrica prescrita por los médicos tratantes de la IPS Rangel.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. A la Sala le correspondió decidir si la EPS Compensar vulneró los derechos fundamentales

a la salud, a la vida digna y a los derechos de los NNA del menor de edad TBF, por negarse la citada EPS a la autorización y entrega de una silla de ruedas pediátrica que le fue ordenada por los médicos tratantes, con el argumento de que se trata de un servicio excluido del PBS.

1. Tras reiterar la jurisprudencia constitucional, relacionada con la subsidiariedad de la acción de tutela, frente al mecanismo judicial dispuesto ante la Superintendencia Nacional de Salud, la Sala de revisión encontró acreditada la procedencia de la acción de tutela en el presente caso. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, la Sala observó lo siguiente:

i. Los niños, las niñas y los adolescentes en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y, en ese orden de ideas, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a garantizar la primacía de sus derechos, incluyendo el acceso de forma preferente, prevalente y sin trabas administrativas a los servicios cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

i. En la misma línea de la sentencia SU-508 de 2020, la cual fija la interpretación constitucional en materia de insumos médicos no excluidos expresamente del PBS, cuando el juez constitucional estudie una acción de tutela interpuesta para efectos de solicitar la autorización y entrega de una silla de ruedas de impulso manual, deberá determinar si existe o no una orden médica. De advertir la existencia de dicha prescripción, le corresponderá conceder el amparo de los derechos fundamentales y acceder a la pretensión reclamada.

i. De lo contrario, tendrá que establecer si se evidencia la necesidad de la tecnología a través de la historia clínica y de las demás pruebas allegadas al expediente, caso en el cual tutelará las prerrogativas invocadas y ordenará la entrega de la tecnología requerida, siempre que así lo ratifique el médico tratante. Finalmente, en caso de carecer de una prescripción médica y de no advertir –con certeza– la necesidad de la silla de ruedas, se deberá tutelar el derecho a

la salud en la faceta de diagnóstico, para efectos de que la EPS valore la necesidad de prescribir la tecnología al paciente. Igualmente, no es necesario verificar la capacidad económica del usuario, para autorizar sillas de rueda de impulso manual vía tutela.

1. En el presente caso, esta Sala observó que (i) las sillas de ruedas de impulso manual no son una tecnología excluida del PBS, bajo la normatividad aplicable al momento de la interposición de la acción de tutela; y (ii) el día 11 de junio de 2020, la Junta Médica Física y de Rehabilitación de la IPS Rangel ordenó la entrega de una silla de ruedas pediátrica a TBF61, dado su diagnóstico de parálisis cerebral infantil.

1. En consecuencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte procederá a revocar la sentencia de tutela dictada el día 3 de mayo de 2021 por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá, por medio de la cual declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por DLFD, en representación de su hijo menor de edad TBF, en contra de la EPS Compensar. En su lugar, tutelará los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a los derechos de los NNA invocados en la acción de tutela, y como consecuencia de ello, ordenará a Compensar que, en el término de las 48 horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a realizar los trámites para entregar la silla de ruedas pediátrica prescrita por los médicos tratantes de la IPS Rangel, de acuerdo con lo establecido en la orden médica del 11 de junio de 2020.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Por las razones expuestas en esta providencia, REVOCAR la sentencia del 3 de

mayo de 2021 dictada por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela presentada por DLFD, actuando en representación de su hijo menor de edad TBF, en contra de la EPS Compensar. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes de TBF.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Compensar que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a realizar los trámites para entregar la silla de ruedas de impulso manual pediátrica prescrita a TBF por los médicos tratantes de la IPS Rangel, de acuerdo con lo establecido en la orden médica del 11 de junio de 2020.

Tercero.- DESVINCULAR de este proceso de tutela al Ministerio de Salud y de la Protección Social, por las razones invocadas en esta providencia.

Cuarto.- Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ley 1581 de 2012, art. 5; y Decreto 1377 de 2013, art. 3.

2 De acuerdo con la copia del registro civil de nacimiento que se anexa a la demanda de tutela.

3 De conformidad con la copia de la historia clínica visible a folios 14 a 17 del archivo correspondiente a la acción de tutela.

4 De acuerdo con el certificado de discapacidad proferido por un médico fisiatra de la IPS Rangel, visible a folio 6 del archivo correspondiente al escrito de tutela.

5 Copia de los recetarios médicos en los folios 8 y 9 del archivo correspondiente a la acción de tutela.

6 La norma en cita dispone que: "Artículo 60. Ayudas técnicas. Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC incluyen las siguientes ayudas técnicas: 1. Prótesis ortopédicas internas (endoprótesis ortopédicas), para los procedimientos quirúrgicos financiados con recursos de la UPC. // 2. Prótesis ortopédicas externas (exoprótesis), para miembros inferiores y superiores, incluyendo su adaptación, así como el recambio por razones de desgaste normal. crecimiento o modificaciones monológicas del paciente, cuando así lo determine el profesional tratante. // 3. Prótesis de otros tipos (válvulas, lentes intraoculares, audífonos, entre otros), para los procedimientos financiados con recursos de la UPC. // 4. Ortesis ortopédicas (incluye corsés que no tengan finalidad estética). // Parágrafo 1. Están financiados con recursos de la UPC las siguientes estructuras de soporte para caminar: muletas, caminadores y bastones, las cuales se darán en calidad de préstamo, en los casos en que aplique (incluye entrenamiento de uso), con compromiso de devolverlos en buen estado, salvo el deterioro normal. En caso contrario, deberán restituirse en dinero a su valor comercial. // Parágrafo 2. No se financian con cargo a la UPC sillas de ruedas, plantillas y zapatos ortopédicos." Énfasis por fuera del texto original.

7 Comunicación de Compensar visible a folios 17 y 18 del archivo correspondiente a la acción de tutela.

8 En el recetario médico visible en el folio 9 del cuaderno de tutela, se advierte que el menor de edad tiene una cobertura de clase 1 en régimen contributivo de salud por lo que el valor de los copagos corresponde a $3.500. De conformidad con la circular externa 061 del 30 de diciembre de 2021, proferida por el Ministerio de Salud, este valor de cuota moderadora

corresponde a la población que devenga menos de 2 SMMLV.

9 Aun cuando en los hechos de la demanda, la accionante refiere a la falta de entrega del medicamento “fenobarbital”, no se incluye una pretensión dirigida a obtener su suministro, toda vez que la reclamación se limita a la silla de ruedas pediátrica. Sin embargo, como se verá más adelante, tanto Compensar como el juez de instancia se pronuncian sobre el citado medicamento.

10 Auto visible en un archivo independiente del expediente digital.

12 En los soportes adjuntos a la contestación se advierten las autorizaciones para la entrega del medicamento fenobarbital de los meses de marzo, abril y mayo de 2021. Folios 3 y 4 del archivo correspondiente a la contestación de la acción de tutela.

13 En cuanto a esta solicitud, es preciso aclarar que la accionante no formuló ninguna pretensión dirigida al reconocimiento de un tratamiento integral.

14 La norma en cita establece que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (…)”. Énfasis no original.

15 “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

16 Código Civil, art. 306. La norma en cita dispone que: “Artículo 306. Representación judicial del hijo. La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres”.

17 Decreto 2591 de 1991, art. 10.

18 Corte Constitucional, sentencia T-732 de 2014.

19 De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”. CP, art 86; D, 2591 de 1991, art 1º.

20 “Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: 1. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de educación. // 2. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de salud. // 3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación de servicios públicos. // 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivo la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización. // 5. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace el artículo 17 de la Constitución. // 6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución. // 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma. // 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas. // 9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.

21 La norma en cita dispone que: “Artículo 177. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente ley”.

22 Ley 489 de 1998 (art. 38) y Decreto 4107 de 2011.

23 Corte Constitucional, sentencia T-444 de 2013.

24 Corte Constitucional, s sentencias SU-961 de 199, T-282 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-018 de 2008 y T-491 de 2009.

25 Corte Constitucional, sentencias T-743 de 2008, T-189 de 2009, T-491 de 2009, T-328 de 2010 y T-444 de 2013.

26 Corte Constitucional, sentencias T-661 de 2011 y T-140 de 2012.

27 Véase, por ejemplo, la sentencia T-1063 de 2012, en la que se expuso que: "(…) tratándose de tutelas contra sentencias, el requisito de la inmediatez debe analizarse de forma estricta, por lo que es necesario establecer si, en efecto, la sentencia SU-917 de 2010, es un hecho completamente nuevo, razón por la cual la accionante solo pudo interponer la acción casi 6 años después de la sentencia de segunda instancia y si, siendo así, después de expedida la sentencia, la tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. (…)". Énfasis por fuera del texto original.

28 Comunicación de la EPS Compensar visible en los folios 17 y 19 del archivo correspondiente a la acción de tutela.

29 Según el acta de reparto visible en el expediente de tutela electrónico.

30 Corte Constitucional, sentencia T-211 de 2009.

31 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

32 La norma en cita dispone que: "Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos: // a) Cobertura

de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia. (…)".

33 Inciso 4 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

34 Ibidem.

35 Inciso 6 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

36 Numeral 1° del parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

37 Estos problemas fueron identificados con anterioridad por algunas Salas de Revisión. Corte Constitucional, sentencias T-203 de 2013, T-014 de 2017, T-218 de 2015, T-603 de 2015, T-235 de 2018 y T-528 de 2019.

38 Corte Constitucional, auto 668 de 2018.

39 Según el más reciente informe de estudio de los tiempos procesales, el promedio la duración nacional de la primera instancia en un proceso laboral es de 366 días corrientes, lo que equivale a 167 días hábiles de la Rama Judicial. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y CEJ, Resultados del estudio de tiempos procesales, Bogotá, 2016, p. 136.

40 El inciso 3del artículo 13 de la Constitución establece que: "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".

41 El inciso 2° del artículo 44 de la Constitución dispone que: "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".

42 Corte Constitucional, sentencias T-514 de 1998, T-510 de 2003, T-292 de 2004 y T-794 de 2007.

43 En este sentido, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño admite que la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia, y dispone en el artículo 3.1, la obligación de que en todos los asuntos relativos a menores de edad, las autoridades públicas y privadas deben prestar atención prioritaria a los intereses superiores de los niños. A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño señala que los menores, dada su inmadurez física y mental, requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal. Por último, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que "los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente".

44 Corte Constitucional, sentencias T- 974 de 2010, T-217 de 2018, T-607 de 2019 y T-309 de 2021.

45 "Por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia".

46 Las normas en cita disponen que: "Artículo 46. Obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud. Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes: // (…) 9. Diseñar y desarrollar programas especializados para asegurar la detección temprana y adecuada de las alteraciones físicas, mentales, emocionales y sensoriales en el desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes; para lo cual capacitará al personal de salud en el manejo y aplicación de técnicas específicas para su prevención, detección y manejo, y establecerá mecanismos de seguimiento, control y vigilancia de los casos. (…) // 12. Disponer lo necesario para que todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tengan derecho a recibir por parte del Estado, atención, diagnóstico, tratamiento especializado y rehabilitación, cuidados especiales de salud, orientación y apoyo a los miembros de la familia o las personas responsables de su cuidado y atención".

47 "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras

disposiciones”.

48 “Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. // En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud (…)”.

49 Corte Constitucional, sentencias T-739 de 2011, T-544 de 2017, T-207 de 2020 y T-309 de 2021.

50 Las consideraciones de esta sentencia se realizarán con fundamento en la sentencia SU-508 de 2020.

51 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

52 Corte Constitucional, sentencias T-409 de 1995, T-495 de 2003 y T-1005 de 2004.

54 La norma en cita, en el aparte pertinente, dispone que: “El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. // En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; // b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; // c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; // d) Que su uso no haya sido autorizado por la

autoridad competente; // e) Que se encuentren en fase de experimentación; // f) Que tengan que ser prestados en el exterior.”

55 Énfasis por fuera del texto original.

56 Esta sentencia resulta aplicable a esta controversia, pues si bien la orden médica es anterior a su expedición, tal conflicto aún no ha sido resuelto, y es precisamente el que origina la presente tutela, radicada el 20 de abril de 2021, lo que demanda tener en cuenta el derecho vigente para el momento de su definición, en tanto no se trata de una disputa consolidada al amparo de un marco normativo anterior.

57 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

58 “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones”.

59 “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

60 La orden médica aparece en el folio 19 del archivo de la acción de tutela.

61 La Junta Médico estuvo integrada por los profesionales de la salud: Melissa Daza Aragón, Marcela Rodríguez y León Felipe Valencia. La orden médica aparece en el folio 19 del archivo de la acción de tutela.