

DERECHO A LA SALUD EN SU FACETA DE DIAGNÓSTICO-Aplicación del principio de integralidad para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías en salud que requiere la paciente menor de edad en condición de discapacidad

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

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN TUTELA-Inexistencia en este caso

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR-Legislación y jurisprudencia

LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO-Límites

(...), tal libertad no es absoluta, pues se debe optar por alguna de las instituciones contratadas por la respectiva E.P.S. para el efecto, a menos que se trate de la atención de urgencias en salud; la E.P.S. expresamente lo autorice o cuando “la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud

de los usuarios". También deberá analizarse, en aquellos eventos en los que exista un cambio en el prestador del servicio, por modificación en la red adscrita a la respectiva E.P.S., que no suponga la súbita interrupción de un tratamiento médico y que no atente contra la salud del usuario.

Referencia: Expediente T-7.954.765

Acción de tutela interpuesta por el señor Wilton Darío Londoño Mejía, en representación de su hija Taliana Londoño Hernández, contra la Nueva E.P.S.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El señor Wilton Darío Londoño Mejía, en representación de su hija Taliana Londoño Hernández, interpuso acción de tutela contra la Nueva E.P.S. por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida, la igualdad, la dignidad humana, la seguridad social y la salud. Como fundamento, explicó que requiere de “tratamiento integral de rehabilitación” en la I.P.S. “Fundación R.I.E”.

A. HECHOS RELEVANTES

1. El actor manifestó que Taliana Londoño Hernández, a sus 10 años¹, presenta un diagnóstico de epilepsia focal sintomática, parálisis cerebral infantil cuadripléjica, síndrome rinosinobronquial y trastorno del sueño². Asimismo, precisó que su núcleo familiar se encuentra afiliado a la Nueva E.P.S. en el régimen contributivo de salud y que, debido a las enfermedades de la menor, requiere de controles permanentes que deben incluir la realización de pruebas diagnósticas, exámenes de laboratorio, medicamentos y citas con especialistas, entre otros.

1. Ahora bien, en esta acción de tutela se cuestiona, en particular, el lugar de la prestación de las terapias de rehabilitación integral que son requeridas para el manejo de su discapacidad. Así, se tiene que Taliana Londoño Hernández venía siendo atendida en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE-. Según certificado de la directora, participó de lunes a jueves, de 8:00 a.m. a 12:00 m., en el programa de rehabilitación

especializada para personas con parálisis cerebral, lesiones cognitivas y/o motoras severas, en el mes de julio de 2019.

1. Pese a lo anterior, afirma el accionante que, con sustento en los cambios efectuados por la Nueva E.P.S. en sus prestadores de servicio, Taliana Londoño Hernández se encuentra asistiendo a la IPS Fundación Diversidad. En esta entidad le brindan el servicio de habilitación- rehabilitación “con énfasis en terapia de neurodesarrollo -NDT BOBATH”, los martes de 1:00 p.m. a 2:30 p.m. y los jueves de 1:00 p.m. a 4:00 p.m. Asimismo, recibe el apoyo y la intervención de fonoaudiología, fisioterapia, terapia ocupacional y psicología⁴. Sin embargo, cuestiona el señor Wilton Darío Londoño Mejía que en dicho lugar no le prestan el servicio de hidroterapia, como afirma fue prescrito por el médico tratante.

1. El 6 de septiembre de 2019, la Fundación Diversidad le realizó una evaluación a Taliana Londoño Hernández. En dicho documento quedaron consignadas las expectativas de los padres, quienes indicaron que “esperan que su hija, a partir de la evaluación interdisciplinaria, puede favorecer su proceso de rehabilitación integral, sin embargo, manifiestan requerir cambio de prestador de servicio por accesibilidad en el transporte”⁵. Asimismo, se puso de presente que en los dos meses anteriores se había interrumpido el tratamiento de la menor de edad, por “cambio de IPS a otra ciudad”⁶.

1. El actor manifestó que, no obstante que la accionada le ha autorizado las terapias de rehabilitación integral en la Fundación Diversidad, cuenta con una gran dificultad para asistir a este tipo de citas, en tanto su núcleo familiar reside en la Vereda San Vicente del Municipio de Cocorná y la prestación del servicio se da en Medellín, lo que implica un viaje de 4 horas. Incluso, en la evaluación efectuada en la Fundación Diversidad recomiendan que la rehabilitación se realice en un lugar cercano a su residencia, para evitar el desgaste que implica el desplazamiento de un lugar a otro. En efecto, afirmó la Fundación Diversidad que la rehabilitación integral debería realizarse en un municipio cercano a su residencia, como Rionegro, en donde cuente con el apoyo de distintos especialistas en terapia ocupacional,

fonoaudiología, fisioterapia y reciba hidromasajes⁷:

“Dadas las características de la niña, por cuadro diagnóstico de base, y la información suministrada por la madre, aspectos contextuales como viaje prolongado, interrupción en su sueño, posición incómoda para trasladarla, entre otras, es importante tener en cuenta que, para acceder al proceso terapéutico, no es conveniente exponerla a situaciones que interfieran con el contexto, específicamente aquellas que repercuten e inciden en el trastorno del sueño que ella presenta. Se resalta que cuando la niña ha descansado y dormido bien, responde de manera muy adecuada al proceso terapéutico.

Por dicho motivo, se sugiere que el proceso de intervención terapéutica se lleve a cabo cerca de su lugar de residencia, dado que un viaje largo genera en ella una descompensación a nivel físico y anímico, donde no responde de manera adecuada a la intervención”⁸.

1. En consideración a lo anterior, solicitó a la Nueva E.P.S. un cambio en el prestador del servicio. Sin embargo, la accionada respondió de manera desfavorable a esta solicitud.

1. El 26 de febrero de 2020, el señor Wilton Darío Londoño Mejía, en representación de su hija Taliana Londoño Hernández, interpuso acción de tutela en contra de la Nueva E.P.S. tras aducir que desconocían sus derechos fundamentales a la vida, la igualdad, la dignidad humana, la seguridad social y la salud. Asimismo, aclaró el accionante que ya había interpuesto acciones de tutelas previas, las cuales se encontraban relacionadas con el amparo de la referencia⁹. Así, después de citar abundante jurisprudencia, solicitó considerar que, por las patologías y estado físico, a su hija le resulta desgastante la movilización para recibir las terapias en la ciudad de Medellín. En consecuencia, afirmó que la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE- se encuentra ubicada más cerca de su residencia y fue en ese lugar en donde su hija logró un desarrollo significativo. Por ello, solicita que a la menor de edad se le preste “tratamiento integral de rehabilitación” en tal lugar y el

suministro de atención integral, sin que se le imponga la exigencia de copagos o cuotas moderadoras, pues la Circular 0016 de 2014 exceptuó a las personas con discapacidad mental de ellas, salvo que su patrimonio les permita asumir dichos gastos.

1. Mediante auto del 27 de febrero de 2020, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro admitió la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, ordenó ponerla en conocimiento de la Nueva E.P.S.

1. El 4 de marzo de 2020, mediante apoderado especial, la Nueva E.P.S. precisó que la Gerencia Regional del Noroccidente de esta entidad y el Vicepresidente de Salud “(...) se encuentra en los trámites administrativos y el análisis del caso para pronunciarnos”. Por tanto, solicitaron al juzgador garantizar su derecho a la defensa y considerar una nueva respuesta que remitiesen, una vez analizado el caso concreto.

1. En general, se reafirma que la pretensión de dicha E.P.S. siempre ha sido prestar el mejor servicio posible. En concreto, respecto a las pretensiones de la acción de tutela, afirmó que los copagos y cuotas moderadoras fueron creados por la Ley 100 de 1993, con el fin de racionalizar y de contribuir a la financiación del servicio. En ese sentido, la accionante no puede ser exonerada de tales, al no contar con una patología calificada como catastrófica. De manera que, con sustento en el artículo 1° de del Acuerdo 260 de 2004, indicó que los montos correspondientes a los pagos moderadores deben definirse con sustento en el ingreso base del afiliado cotizante, sin desconocer los principios de equidad, información en favor del usuario, no discriminación y simultaneidad. Así, la solidaridad familiar implica que ellos asuman ciertos deberes frente a las personas en situación de discapacidad, a menos que se tengan que sufragar gastos excesivos en materia de salud o el apoyo familiar se torne insuficiente y se encuentren comprendidos por el derecho a la seguridad social.

1. Asimismo, se informó que a la accionante se le están prestando todos los servicios médicos. Consideran que no han vulnerado derecho fundamental alguno y, además, si bien los pagos moderadores no pueden convertirse en una barrera para el acceso de servicios en salud, ellos se definen de acuerdo con la estratificación socioeconómica del afiliado. En consecuencia, “debe tenerse en cuenta que en el caso particular la usuaria se encuentra afiliada en calidad de cotizante, y por lo tanto le corresponde asumir los costos de las cuotas moderadoras, está en el rango salarial No. B por ende deberá cancelar el servicio de cuota moderadora y copago cada vez que acceda a servicios como: consulta médica general, odontológica, paramédica, medicina alterna aceptada, consulta médica por especialista, exámenes de laboratorio, ayudas diagnósticas, terapias y fórmula de medicamentos”.

1. En relación con la pretensión de tratamiento integral, se indicó por parte de la accionada que la jurisprudencia ha ido matizando las órdenes al respecto, con el fin de concretar las prestaciones y no dar por presupuestas circunstancias futuras y desconocidas. En efecto, solicitó considerar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en salud son finitos y, por ello, las órdenes de amparo deben limitarse a las que prescriba el médico explícitamente para este fin. Con mayor razón, si el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 dispone que el fallo de tutela debe contener “la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela”.

1. Por último, adujo que en caso de que el juzgador llegue a considerar la concesión del amparo y, en consecuencia, ordene a la E.P.S. conceder servicios no incluidos en el Plan de Beneficios, se conceda también el respectivo recobro, como lo establece la Resolución 1479 de 2015. Tales insumos y prestaciones, según se indicó, excederían las obligaciones que legalmente se han impuesto a las prestadoras de salud.

A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro, el 12 de marzo de 2020

1. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Wilton Darío Londoño Mejía, como agente oficioso de Taliana Londoño Hernández, en contra de la Nueva E.P.S. De esta manera, se refirió a la sentencia T-068 de 2019, en la que se explicó que las E.P.S. son libres para contratar su red prestadora de servicios. Por ello, los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud tienen derecho a elegir qué I.P.S. les prestara sus servicios, pero tal opción sólo es posible dentro de la respectiva red de servicios prevista por la E.P.S. del afiliado. Como excepciones, explicó que se encontraban los siguientes eventos: la atención de urgencias; cuando así lo autorice la E.P.S. o exista una incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de los afiliados.

1. Así, al analizar el caso concreto, concluyó el juzgador de instancia que no existía evidencia sobre la vulneración de derechos alegada y, por el contrario, se ha venido prestando el servicio de salud. Por tanto, consideró que no se había demostrado el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable o la urgencia que “destituya las otras vías de defensa judicial”.

1. Afirmó que no se encuentra demostrado que el cambio en la institución contratada pueda producir una afectación en la salud de Taliana Londoño Hernández y “(...) como es claro la menor vive en un municipio retirado de la IPS encargada de prestar el servicio, (pero) es difícil para este fallador imponerle una carga a la EPS de que contrate con una IPS en específico y más aún cuando ha venido prestándole los servicios de forma continua e integral a la afectada, para el restablecimiento de su salud”¹⁰.

1. Por último, respecto al recobro solicitado, adujo que no es una función del juez constitucional en sus fallos de tutela habilitar a la E.P.S. para que lo realice en contra de la

ADRES o del respectivo ente territorial porque, como así se estableció en la sentencia T-760 de 2008, existen mecanismos diferentes para el efecto.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Mediante auto del 15 de febrero de 2021, proferido por el Magistrado sustanciador¹¹, se solicitó complementar la información allegada al proceso. En consecuencia, se ofició a Wilton Darío Londoño Mejía, quien ostenta la calidad de representante de la accionante¹²; y a la Nueva E.P.S.¹³.

Wilton Darío Londoño Mejía

1. El 24 de febrero de 2021, el señor Wilton Darío Londoño Mejía dio respuesta a los requerimientos del auto de pruebas. En efecto, precisó que (i) devenga un aproximado de \$915.000 pesos mensuales, los cuales percibe por el lavado de vehículos de carga pesada. No obstante, gasta casi en su totalidad este monto en aportes en salud que corresponden a \$259.000, pago de servicios públicos por un valor aproximado de \$144.000, el mercado mensual en favor de su núcleo familiar por \$400.000 y los medicamentos requeridos por su hija, tales como Ceterizina, Melatonina, Yodora, Colchicina y pañitos húmedos, entre otros. Agregó que (ii) su familia se encuentra compuesta por su hija, Taliana Londoño Hernández, y su cónyuge, Luz Amanda Hernández Gallego.

1. Respecto a la fecha desde la cual Taliana Londoño Hernández se encontraba asistiendo a la I.P.S. Fundación Rehabilitación Integral Especializada, precisó que ha asistido de forma interrumpida en los siguientes períodos¹⁴: (i) desde agosto a diciembre de 2015, a través de un plan padrino. Sin embargo, tal se vio interrumpido al no existir más apoyo; y (ii) desde

octubre de 2016 a julio de 2019, por medio de la Nueva E.P.S. Tal atención se vio interrumpida, después de que se le indicara que Taliana Londoño Hernández debía seguir siendo atendida en la Fundación Diversidad en la ciudad de Medellín.

1. En consecuencia, desde noviembre de 2019 hasta enero de 2020, la Nueva E.P.S. atendió a Taliana Londoño Hernández en la Fundación Diversidad de Medellín. No obstante, aclaró que era muy difícil llevar a su hija desde el Municipio de Cocorná hasta Medellín por el cansancio que ella presentaba durante los viajes y, por tanto, no contar con la disposición para efectuar sus terapias, en virtud de que presentaba fatiga, malestar, así como trastornos del sueño que se hacían más intensos con dichos viajes.

1. Respecto al tiempo que tardan en recorrer los trayectos desde el lugar de residencia del núcleo familiar, en la Vereda San Vicente del Municipio de Cocorná (Antioquia) hasta la I.P.S. “Fundación R.I.E” (Rionegro), se especificó que, dado que la distancia que los separa son 42 kilómetros, la duración del viaje puede variar, puesto que el recorrido se realiza por la autopista Medellín – Bogotá, vía que sólo cuenta con un carril en mal estado y donde concurren una gran cantidad de vehículos. En consecuencia, afirmó que pueden tardar 1 hora y 15 minutos por cada uno de los trayectos. Así, en total el tiempo en desplazamientos es de 2 horas y 30 minutos. Mientras que, de otra parte, desde la Vereda San Vicente del Municipio de Cocorná (Antioquia) hasta la I.P.S. Fundación Diversidad existe una distancia de 77 kilómetros, que también presenta las mismas dificultades del anterior recorrido, en consideración a que se realiza por la autopista Medellín – Bogotá y que implica que tarden en movilizarse en cada uno de los trayectos 2 horas y 15 minutos. Esto supone que el tiempo de recorrido total supondría emplear 4 horas y 30 minutos en total.

1. Por último, aclaró que, en respuesta a la orden del 28 de noviembre de 2019, en donde un médico especialista en neurología anotó en la historia clínica que la paciente requería

rehabilitación integral infantil cuatro días por semana en una I.P.S, de 8:00 a.m. a 12:00 p.m., la Nueva E.P.S. dio la autorización de terapias, pero en la Fundación Diversidad, ubicada en Medellín. En efecto, se aportó respuesta de la accionada en la que precisó que el acceso a una I.P.S. específica no es posible en este caso, pues depende de la red de prestación de servicios, como así se estableció en la sentencia T-095 de 201015.

Nueva E.P.S.

1. Mediante apoderado especial¹⁶, el 23 de febrero de 2021, la Nueva E.P.S. informó, en relación con los motivos por los que se ha negado a autorizar las terapias que requiere Taliana Londoño Hernández en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada y a la orden del 28 de noviembre de 2019, que “a la usuaria se le autorizó el servicio de terapias correspondientes para la IPS Fundación Diversidad, la cual cumple con la habilitación para la prestación de servicio, tal como se evidencia en la certificación de prestación de servicios del 15 de enero del 2020 que se anexa”. No obstante, aclaró que para el año 2020 se registró seguimiento por teleterapia dada las condiciones de la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19.

1. En esa dirección, la accionada garantiza a sus afiliados la atención en las IPS de su red prestadoras de servicio en salud, acorde con sus necesidades y la normatividad vigente. Así, aclararon que en este caso cuentan con personal altamente calificado para el efecto y que la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE- no es una I.P.S. adscrita a la red de la Nueva E.P.S¹⁷.

1. El 2 de marzo de 2021, se dio alcance a la anterior respuesta. En consecuencia, indicó la Nueva E.P.S que, a Taliana Londoño Hernández, en la actualidad, se le están autorizado los servicios en la Fundación Diversidad de Medellín, “(...) de forma virtual, dada la contingencia ocasionada por la pandemia de la COVID-19”. De la misma manera, se adujo que a la usuaria

se le ha prestado el servicio de transporte cuando así se ha solicitado.

1. En relación con si esta entidad tuvo convenio con la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE-, el área técnica indicó que esta institución no hace parte de la red de contratación de la compañía. Sin embargo, en algunas ocasiones se le ha solicitado que preste los servicios de salud con el fin de cumplir con los fallos de tutela que ordenan taxativamente la prestación del servicio de terapias en dicha IPS.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de tutela, según lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del auto del 30 de noviembre de 2020, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de este tribunal, la cual decidió someter a revisión la decisión adoptada por el juez de instancia.

A. CUESTIONES PREVIAS RELATIVAS A LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Antes de analizar el objeto de litigio, es necesario hacer la verificación de los requisitos de procedencia de la acción de tutela relativos a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (ii) la exigencia de inmediatez, y (iii) la subsidiariedad.

1. Legitimación por activa: El señor Wilton Darío Londoño Mejía presentó acción de tutela como agente oficioso de su hija Taliana Londoño Hernández. No obstante, en estricto sentido, no se trata de una agencia oficiosa, dado que el accionante es el representante legal de ella y, en esa condición, puede instaurar la acción de tutela a nombre de su hija menor de edad¹⁸. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, norma que prescribe que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá presentar acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre, se deduce que el demandante tiene legitimación para instaurar la acción de tutela.

1. Legitimación por pasiva: Como la presente acción de tutela se dirige contra la Nueva E.P.S., encargada de prestar un servicio público¹⁹, debe entenderse que procede contra ella, según lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y, en particular, en el numeral 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991²⁰.

1. Inmediatez: En relación con este requisito, que implica que el ejercicio de la acción debe darse en un término razonable desde la presunta afectación del derecho, se advierte que el señor Wilton Darío Londoño Mejía presentó la acción de tutela, el 26 de febrero de 2020. De otro lado, la orden del neurólogo que dictaminó la rehabilitación integral infantil, por parte de un equipo técnico en salud mental y terapia física ocupacional, entre otros, fue prescrita el 28 de noviembre de 2019 y ese mismo día se radicó ante la accionada²¹. Es decir, que transcurrieron menos de tres meses desde que se realizó dicha solicitud a la accionada y la correspondiente interposición de la acción de tutela, tiempo que se considera apenas razonable.

1. Subsidiariedad: El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. De igual forma, el amparo será procedente cuando, existiendo otros recursos judiciales, no

sean idóneos o efectivos para evitar la vulneración del derecho fundamental alegado.

1. Con el fin de estudiar si el amparo presentado por Wilton Darío Londoño Mejía, en favor de su hija menor de edad, cumple este presupuesto, (i) se hará alusión al marco jurídico que regula el procedimiento jurisdiccional asignado a la Superintendencia Nacional de Salud. En segundo lugar, (ii) se estudiará la jurisprudencia de esta corporación sobre los factores que deben analizarse para determinar si este medio es, en concreto, idóneo y eficaz, o si, por el contrario, la acción de tutela es procedente. A partir de esto, (iii) se analizará el caso concreto.

1. Procedimiento Jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud. El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 creó un procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de resolver aquellas controversias que se presenten entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios. Estableció que dicha entidad podrá “(...) conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez” los siguientes asuntos: (i) la cobertura respecto de procedimientos, actividades e intervenciones contempladas en el Plan de Beneficios en Salud o similares, cuando su negativa ponga en riesgo la salud del usuario; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que hubiere incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias, en aquellos eventos en los que hubiere sido atendido en una IPS que no cuente con contrato con la respectiva EPS y, a su vez, hubiere sido autorizado por esta última o se encuentre demostrada una incapacidad o negligencia de tal; (iii) los conflictos que se susciten por problemas de multiafiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y del mismo con los regímenes exceptuados; (iv) los que se presenten entre los usuarios, aseguradoras y/o las prestadoras de salud que estén relacionados con la movilidad dentro del Sistema; (v) los conflictos suscitados entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud; y (vi) las controversias derivadas de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del

Sistema General de Seguridad Social en Salud²³.

1. En la sentencia C-117 de 2008, esta corporación conoció una demanda que indicaba que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 era contrario a los artículos 13, 29, 31, 209 y 229 de la Constitución. Para apoyar estos cuestionamientos, afirmó el demandante que, primero, se podía transgredir el principio de imparcialidad y la función administrativa por cuanto la Superintendencia Nacional de Salud ejercería facultades jurisdiccionales sobre entidades respecto de las cuales, también, ejercía facultades de inspección y vigilancia. Señaló, en segundo lugar, que al no designarse una autoridad judicial que conociera de la apelación, se afectaría el principio de doble instancia y el derecho a la igualdad en aquellos casos en los que dicha superintendencia emita un fallo definitivo. Luego de valorar tales acusaciones, la Corte declaró exequible la norma cuestionada “(...) en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control”.

1. A su vez, la sentencia C-119 de 2008 se pronunció respecto de la misma disposición, pero esta vez, frente a la supuesta violación al debido proceso, en aquellos eventos en los que la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de proteger el derecho a la salud, utilice sus facultades jurisdiccionales para inaplicar normas del Sistema de Seguridad Social que autoricen o no el cubrimiento parcial de ciertos medicamentos, tratamientos o procedimientos médicos pues, de acuerdo con la demanda, sólo los jueces de tutela tienen la competencia para hacerlo. La Corte Constitucional concluyó que debía estarse a lo resuelto en la anterior providencia y que, el otro cuestionamiento relativo al debido proceso debía desestimarse por partir de una comprensión incorrecta de la acción de tutela y de la excepción de inconstitucionalidad. En efecto, concluyó que, por mandato del artículo 4° la Carta Política, la Superintendencia Nacional de Salud cuando actúa en ejercicio de funciones jurisdiccionales y encuentra que la regulación del POS o el POSS, en el caso concreto lleva a una vulneración del derecho a la salud en conexidad con la vida o la dignidad, deberá inaplicar dicha normatividad²⁴.

1. En conclusión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, el procedimiento adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará de manera sumaria, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. Además, (i) la acción puede ejercerse en nombre propio, sin ninguna formalidad ni autenticación; (ii) la decisión de fondo debe adoptarse dentro de los veinte (20) días siguientes al recibo de la solicitud, y es susceptible de impugnación²⁵; y (iii) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad. En ese sentido, al analizar la subsidiariedad de la acción de tutela debe considerarse su carácter jurisdiccional, preferente y que, en general, se rige por los mismos principios de la acción de tutela²⁶.

1. La Corte Constitucional, en sede de control concreto, se ha pronunciado sobre los factores que deben ser analizados para determinar si una acción de tutela es procedente, pese a la existencia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud. Con fundamento en el mecanismo jurisdiccional antes la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte ha afirmado que, para analizar la idoneidad y eficacia de este mecanismo, el juez constitucional debe estudiar los siguientes elementos:

i. Que el asunto se encuentre dentro de los supuestos sobre los cuales tiene competencia para fallar la Superintendencia, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y sus modificaciones²⁷ (ver *supra*, numeral 38). De esta manera, cuando la controversia no se enmarque en alguno de estos eventos, el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud carecerá de idoneidad; y

i. De ser procedente el mecanismo ante la Superintendencia para el caso concreto, deberá evaluarse su eficacia a la luz de los hechos. Así, se ha estimado que la tutela prevalecerá, entre otros, en los casos en los que “se encuentre en riesgo la vida, salud o integridad de las personas”²⁸ o “los peticionarios se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad

manifiesta, o sean sujetos de especial protección constitucional”²⁹.

1. De forma reciente, ha considerado la Corte que la idoneidad y eficacia del referido mecanismo deben ser consideradas a la luz de los elementos de juicio que fueron allegados a esta corporación en la audiencia pública, celebrada el 6 de diciembre de 2018, en el marco del seguimiento a la sentencia T-760 de 2008³⁰. En dicha oportunidad, la Superintendencia Nacional de Salud informó a la Sala Plena³¹ lo siguiente: (i) no cuenta con la capacidad de emitir decisiones de fondo sobre los asuntos que conoce en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en el término de 10 días (plazo para fallar antes de la entrada en vigencia de la Ley 1949 de 2019); (ii) existe un retraso de entre dos y tres años para decidir los asuntos a su cargo; y (iii) la entidad no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a las controversias que se presentan entre los actores del sistema de salud fuera de Bogotá³². Lo anterior, podría dilatar la respuesta que se puede obtener en este proceso, ante la efectividad del proceso de tutela y cuestionar la idoneidad de éste³³.

1. Es claro, por tanto, que en las acciones de tutela en donde se discuta una pretensión vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud es necesario considerar, al momento de abordar el presupuesto de subsidiariedad, la existencia del trámite jurisdiccional ante la Superintendencia de Sociedades. Pese a esto, deberá considerarse en concreto la existencia de riesgos para intereses de particular importancia como la vida, la salud o la integridad de las personas y que el procedimiento previsto no lograría dar una respuesta efectiva a la solicitud –por ejemplo, porque la pretensión no está comprendida por las facultades– o reviste tal grado de urgencia que, de no intervenir el juez de tutela, los intereses antes referidos se afectarían. Con mayor razón, ante el grave atraso de los trámites surtidos ante la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a las restricciones de capacidad administrativa, puestas de presente ante esta corporación³⁴.

1. Análisis de subsidiariedad en el caso objeto de estudio. Con sustento en lo anterior, es posible concluir que la acción de tutela instaurada por Wilton Darío Londoño Mejía, en

representación de su hija Taliana Londoño Hernández, es procedente como mecanismo definitivo. Esto, en consideración a que, no obstante la existencia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, (i) la potencial beneficiaria de las prestaciones médicas solicitadas es una niña de 10 años que, además, ha sido diagnosticada con epilepsia focal sintomática, parálisis cerebral infantil cuadripléjica, síndrome rinosinobronquial y trastorno del sueño³⁵; (ii) la Corte Constitucional, en los pronunciamientos más recientes, ha cuestionado la idoneidad del procedimiento que se surte ante la Superintendencia, a raíz de lo afirmado por el Superintendente Nacional de Salud en sesión técnica del 6 de diciembre de 2018; y (iii) se trata de una niña en situación de discapacidad, es decir, de un sujeto de especial protección constitucional³⁶. Por lo anterior, la Sala considera que en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad.

A. CUESTIÓN PREVIA. LA POSIBLE CONFIGURACIÓN DE LA COSA JUZGADA EN EL CASO CONCRETO

1. El artículo 243 de la Constitución establece que “[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. Así lo ha explicado esta corporación en sentencias como la SU-1219 de 2001, al indicar lo siguiente:

“(…) la decisión de la Corte Constitucional consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de tutela tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva. De esta forma se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema jurídico”³⁷.

1. Por ende, ha precisado la jurisprudencia que, en el marco de una acción de tutela, es posible identificar si se ha vulnerado el principio de cosa juzgada³⁸ en aquellos supuestos en los que: (i) se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de una sentencia que no fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional o, habiendo sido seleccionada, ya fue fallada por esta corporación; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) así como también verse sobre el mismo objeto o pretensiones; y (iv) se adelante por la misma causa que originó el anterior, esto es con sustento en los mismos hechos³⁹. Sin embargo, ha aclarado dicho tribunal que “cuando el segundo proceso tiene nuevos hechos o elementos, el juez puede pronunciarse únicamente respecto de estos últimos”⁴⁰.

1. En virtud de lo anterior, antes de realizar un pronunciamiento de fondo, debe la Sala de Revisión establecer si se configuró el fenómeno de cosa juzgada en el caso concreto, en consideración al fallo proferido al resolver una acción por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro, el 16 de abril de 2015⁴¹. Esto es relevante en tanto, según se explicó, en caso de ya haberse resuelto la cuestión a debatir, tendría la decisión adoptada el carácter de inmutable y, por tanto, esta Sala de Revisión estaría impedida para tramitar una nueva acción sobre lo resuelto en el litigio anterior.

1. En efecto, la acción de tutela fue interpuesta por Luz Amanda Hernández Gallego, en representación de su hija, Taliana Londoño Hernández en contra de la Nueva E.P.S. Como pretensiones, solicitó la madre de la accionante que su hija, quien para ese momento tenía 4 años y contaba con parálisis cerebral, fuera vinculada al programa de rehabilitación integral en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada. Como fundamento, indicó que ello estaba soportado en la orden de una médica pediatra adscrita a la entidad accionada y que, además, dicha institución era la única que se encontraba ubicada en Rionegro y cumplía con las exigencias de dicha prescripción, pese a no contar con un convenio vigente con la Nueva E.P.S. Después de analizar los elementos disponibles, el 16 de abril de 2015, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro resolvió amparar los derechos a la vida y a la salud de la menor de edad y, en consecuencia, ordenó a la Nueva E.P.S. autorizar lo siguiente:

“la realización de todo el tratamiento integral (manejo en programa de rehabilitación integral en centro especializado), incluidas las terapias convencionales y no convencionales que el respectivo médico tratante le prescriba a la menor TALIANA LONDOÑO HERNÁNDEZ, con el fin de brindarle un mejor desarrollo integral, de manera que le permita mejorar su calidad de vida acorde con su dignidad como persona, y gestione lo necesario para continuar con el tratamiento que preceda de la patología o diagnóstico de la citada menor, disponiendo en lo sucesivo medicamentos, intervenciones y ayudas diagnósticas que se ameriten y se encuentren y se encuentren o no dentro del POS-S siempre y cuando acredite su afiliación con la documentación pertinente (...)”⁴².

1. Al verificar en el sistema de la Corte Constitucional, se encontró que, al parecer, el anterior fallo recibió el radicado T-5.031.440 y que, además, fue resuelto en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro. Sin embargo, como información adicional debe precisarse que se tramitó la segunda instancia ante la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Antioquia. En ese sentido, no existe absoluta certeza de si la cuestión estudiada quedó en firme, de acuerdo con lo dispuesto por el juez de primera instancia o si, por el contrario, fue revocada.

1. En el caso bajo estudio, la Sala de Revisión considera que no existe cosa juzgada constitucional. Pese a que se adelantó un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia y podría existir identidad de partes, en tanto la primera acción de tutela fue interpuesta por Luz Amanda Hernández Gallego (madre de la menor de edad) y la segunda por Wilton Darío Londoño Mejía (padre de la menor de edad), en ambos casos en la calidad de representantes legales de su hija Taliana Londoño Hernández, existen circunstancias adicionales que deben dar lugar a pronunciarse sobre el caso estudiado.

1. En específico, además de la solicitud de prestar las terapias de rehabilitación integral en la

Fundación de R.I.E, en esta oportunidad tal requerimiento se dio en el contexto particular de la orden de un neurólogo, que (i) manifestó que la paciente requería de terapias de rehabilitación integral y sugirió en la notas de evolución a dicha I.P.S. en particular; (ii) la Fundación Diversidad, que es la prestadora adscrita a la E.P.S. de la referencia, aseguró en la evaluación realizada a Taliana Londoño Hernández que era necesario que se considerara realizar dichas terapias en un municipio cercano a su lugar de residencia, por cuanto con los viajes prolongados y una posición incómoda se agrava el trastorno del sueño que presenta. Así, se aclaró que la efectividad del tratamiento se ha visto limitada por los largos desplazamientos que han terminado por generar “una descompensación a nivel físico y anímico, donde no responde de manera adecuada a la intervención”⁴³. En efecto, no obstante que la pretensión es la misma de la acción de tutela fallada el 16 de abril de 2015, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro, no contienen los mismos elementos fácticos que sustentan la petición y, por tanto, deberá la Corte pronunciarse al respecto en esta providencia, al no existir identidad de causa⁴⁴.

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

1. Según lo expuesto, corresponde a la Sala de Revisión determinar si la Nueva E.P.S. vulneró el derecho fundamental a la salud de Taliana Londoño Hernández, quien -entre otras enfermedades- cuenta con parálisis cerebral infantil cuadripléjica, al negar la prestación de terapias de rehabilitación integral en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE- (Rionegro) y, por el contrario, autorizarlas en la Fundación Diversidad (Medellín), por ser la entidad con convenio vigente con dicha prestadora de salud.

1. Con la finalidad de resolver este problema jurídico, se reiterarán las reglas jurisprudenciales relativas al marco constitucional y legal del derecho fundamental a la salud en favor de los niños, de las niñas y adolescentes (Sección E). Luego de ello, la Corte se referirá a la libre elección de las I.P.S., pero dentro red prestadora de la E.P.S. (Sección F). Finalmente, procederá a resolver la situación planteada por el accionante (Sección G).

A. SUSTENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN FAVOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. La Constitución dispone, de forma explícita, que el derecho a la salud en los niños tiene el carácter de fundamental⁴⁵. A su vez, el artículo 49 de la Carta Política indica que (i) la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado que debe garantizar el acceso, la promoción, protección y recuperación de la salud en favor de todas las personas; (ii) el Estado deber organizarlo, dirigir y reglamentar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; (iii) los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; y (iv) la ley deberá señalar los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. En relación con lo prescrito en esa disposición, el artículo 366 advierte que la garantía del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades del Estado y que “[s]erá objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud (...)”.

1. Al retomar la sentencia C-507 de 2004, en esta sentencia se indicó que los niños deben tener una atención prevalente en materia de salud. Así, se explicó que la Constitución de 1991 implicó un cambio de concepción respecto de los niños, en cuanto pasaron de ser personas con derechos limitados a ser personas especialmente protegidas⁴⁶:

“La Constitución Política, para proteger a los menores, reconoce a sus derechos categoría y valor especiales. Por una parte se considera que son fundamentales, lo cual afecta tanto el contenido del derecho como los mecanismos aceptados para reclamar su protección. Por otra parte se les otorga especial valor al indicar que ‘los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás’ (art. 44, CP). Concretamente, se reconoce su derecho fundamental a la salud⁴⁷. Las medidas de protección especial que se debe a los menores

deben tener por finalidad garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos. El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos”⁴⁸.

1. Estas circunstancias se acentúan si, además, el niño que requiere un tratamiento de salud se encuentra en una situación de discapacidad. Para la Corte, “[t]ambién reciben una especial protección de la jurisprudencia constitucional si concurren dos condiciones de vulnerabilidad, como ocurre, por ejemplo con los menores con discapacidad”⁴⁹.

1. El código de Infancia y Adolescencia, por su parte, reiteró la prevalencia del interés superior del niño, niña y/o adolescente⁵⁰. El artículo 27 de la Ley 1098 de 2006 se refirió al derecho a la salud en los siguientes términos:

“Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.

En relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación.

Incurrirán en multa de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores (...).”.

1. Finalmente, se estipuló como una obligación especial del Sistema de Seguridad Social en Salud que se debe “[d]isponer 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”⁵¹.

1. Ahora bien, como disposiciones aplicables tanto para menores y mayores de edad, se tiene que, en desarrollo de las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, así como en virtud de las disposiciones constitucionales, se expidió la Ley Estatutaria 1751 de 2015 “[p]or medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. En consecuencia, se estipularon una serie de reglas, las cuales se sintetizan a continuación:

i. El derecho a la salud comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud⁵².

ii. Son obligaciones del Estado –entre otras- el deber de abstenerse de afectar su disfrute o de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud, formular y adoptar políticas que garanticen su goce, regular el financiamiento necesario para financiar el sistema e intervenir en el mercado de medicamentos, dispositivos e insumos con el fin de optimizar su uso, evitar las inequidades en el acceso y garantizar su calidad⁵³.

iii. Son elementos y principios del derecho fundamental a la salud: la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional, universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección a los pueblos indígenas, a las comunidades ROM, negras, afrocolombianas palenqueras y raizales⁵⁴.

iv. La integralidad exige que los servicios y tecnologías de salud sean suministradas, de

manera completa, para prevenir, paliar o curar la enfermedad con independencia su origen, cubrimiento o financiación. En ese sentido, “[e]n los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”⁵⁵.

v. De acuerdo con su artículo 11, algunas personas gozarán de especial protección frente al Estado y su atención en salud no podrá estar limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica⁵⁶.

vi. El sistema garantizará la prestación de este servicio en forma integral. No obstante, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los siguientes eventos: (a) cuando se advierta un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, (b) no exista evidencia sobre su seguridad, eficacia o efectividad clínica, (c) que su uso no haya sido autorizada por la entidad competente, (d) que se encuentren en fase de experimentación o (e) tenga que ser prestado en el exterior⁵⁷. En este punto debe aclararse que, de conformidad con el párrafo 1° del artículo 15 de esta ley, el Ministerio de Salud y Protección Social tendría hasta dos (2) años para implementar lo señalado en esta disposición, esto es lo relativo a las prestaciones de salud y sus exclusiones.

vii. Existirá un procedimiento para resolver los conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas en la atención, los cuales serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud. En todo caso, se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo, la que deberá ser ejercida en el marco de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica⁵⁸.

1. La sentencia C-313 de 2014, que controló el proyecto de ley estatutaria que culminó con la expedición de la anterior normatividad, declaró que la mayoría de las disposiciones de la Ley 1751 de 2015 eran acordes con la Constitución. Se indicó que con la adopción de la ley se

buscó contrarrestar una serie de obstáculos que afectan la operación del sistema de salud, entre los que se identificaron “(...) un acceso inoportuno a los servicios en los diferentes niveles, los problemas de calidad en la prestación del servicio, la ineficiencia en el uso de los recursos, el énfasis en el enfoque curativo antes que en el promocional y preventivo, la iliquidez y dudas en relación con la sostenibilidad del sistema, la explosión tecnológica en salud que ha elevado costos; entre otros”⁵⁹.

1. En síntesis, el artículo 44 de la Constitución dispone que el derecho a la salud de los niños es fundamental. Sin embargo, la jurisprudencia de esta corporación ha considerado que, de forma autónoma y con independencia de la edad del sujeto, éste adquiere dicho carácter. En este contexto, la Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de Salud dispone –entre otras cuestiones- que (i) el acceso a estos servicios comprende la prestación oportuna, eficaz y con calidad; (ii) es una obligación del Estado abstenerse de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de un sujeto; (iii) la integralidad exige el suministro de todos los servicios y/o tecnologías en salud necesarias para prevenir, paliar o curar la enfermedad; y (iv) son sujeto de especial protección, entre otros, los niños y adolescentes.

A. LIBERTAD DE ESCOGENCIA DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD DENTRO DE LA RED DE LAS E.P.S.

1. El artículo 153 de la Ley 100 de 1993⁶⁰ se refirió a los principios del Sistema de Seguridad Social en Salud y, en específico, respecto al de libre escogencia planteó que “[e]l Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo”. Asimismo, el artículo 159 de esta ley establece que la libre escogencia y traslado entre entidades promotoras de salud es una de las garantías de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. En el anterior contexto normativo, se ha establecido que la libertad de escogencia es un

derecho de doble vía. Por un lado, constituye una facultad que tienen los usuarios para escoger la E.P.S. a la que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y la I.P.S. en la que suministrarán tales servicios⁶¹. Pero, también, es una “potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas”⁶². Pese a esto, se ha aclarado que el margen de acción de las E.P.S. para escoger a su red prestadora de salud se encuentra limitado por el deber de garantizar, de cualquier forma, lo siguiente: (i) la pluralidad de I.P.S. con el fin de que los usuarios tengan la posibilidad de escoger; (ii) la prestación integral del servicio y la calidad; y (iii) la idoneidad y calidad de la I.P.S.⁶³.

1. Respecto a la posibilidad que tienen los usuarios de afiliarse a determinada E.P.S. para la prestación del servicio de salud, planteó la sentencia T-760 de 2008 que era fundamental, al permitir no sólo garantizar el goce efectivo de este derecho, sino también la facultad de los usuarios de “afiliarse a aquellas que demuestren que están prestando los servicios de salud con idoneidad, oportunidad y calidad”⁶⁴. No obstante, la mayoría de las acciones de tutela interpuestas respecto a la libertad de escogencia se relacionan con usuarios que requieren de un tratamiento en una I.P.S. particular, con la cual la E.P.S. no tiene convenio o dejó de tenerlo.

1. La Corte ha establecido que, aun en caso de niños con graves padecimientos de salud, no existe una obligación de las E.P.S. de prestar un tratamiento en una institución no adscrita su red⁶⁵. En ese sentido, ha aclarado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que las E.P.S. deben suministrar los servicios de salud, en favor de sus afiliados, pero a través de las instituciones con las que establezcan convenios para el efecto. Sin embargo, como excepciones a esta regla general, se ha precisado que “(...) los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en IPS no adscritas a sus respectivas EPS, en casos como la atención de urgencias, cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para 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”⁶⁶. Así, concluyó la sentencia T-965 de 2007 que los afiliados deben

acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas E.P.S., aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones⁶⁷.

1. Asimismo, otra excepción a la regla general supone contemplar la no interrupción del servicio de salud. En ese sentido, ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, una vez ha iniciado su prestación, tal no puede ser interrumpido súbitamente. En efecto, se ha considerado que:

“(…) debe ser obligación de las entidades promotoras de salud garantizar un empalme en el diagnóstico de la enfermedad y la modalidad de tratamiento o procedimiento médico que se le realice a los usuarios, en caso tal en que se realice un cambio en el médico tratante o en la institución prestadora de servicios, especialmente cuando se esté en frente de pacientes que requieren el suministro de un medicamento o tratamiento médico permanente y sucesivo⁶⁸”.

1. También se debe estudiar, al momento de decidir si se desconoció el derecho a la salud, por la negativa de prestar un tratamiento en una I.P.S. determinada, sin convenio con la accionada, si el cambio en el prestador de salud pueda afectar la salud del accionante. En específico, la sentencia T-069 de 2018, al estudiar el caso de un niño en situación de discapacidad física y psicológica que solicitaba que el tratamiento se le siguiera prestando en un determinado centro de salud, concluyó que no había lugar a conceder el amparo de la referencia, al no existir evidencia que pudiera demostrar que el cambio en red prestadora de salud de la E.P.S. hubiese podido producir una afectación en la integridad del accionante.

1. En síntesis, la libertad de escogencia constituye uno de los pilares y de los principios del Sistema de Seguridad Social de Salud, desarrollado por la Ley 100 de 1993. Esta libertad, de acuerdo con la Corte Constitucional, se erige como un derecho de doble vía en favor de las empresas promotoras de salud y de los usuarios de este sistema. En efecto, (i) permite a las

E.P.S. “elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad”⁶⁹ y (ii) comprende la posibilidad de que los usuarios puedan escoger la E.P.S. de su preferencia, así como, una vez afiliados a ella, las I.P.S. en la que se le suministraran determinados servicios.

1. En este último caso, tal libertad no es absoluta, pues se debe optar por alguna de las instituciones contratadas por la respectiva E.P.S. para el efecto, a menos que se trate de la atención de urgencias en salud; la E.P.S. expresamente lo autorice o cuando “la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios”⁷⁰. También deberá analizarse, en aquellos eventos en los que exista un cambio en el prestador del servicio, por modificación en la red adscrita a la respectiva E.P.S., que no suponga la súbita interrupción de un tratamiento médico y que no atente contra la salud del usuario.

A. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO. SE AMPARA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, EN SU FACETA AL DIAGNÓSTICO, DE LA MENOR DE EDAD TALIANA LONDOÑO HERNÁNDEZ

1. Taliana Londoño Hernández, a sus 10 años, cuenta con un diagnóstico de epilepsia focal sintomática, parálisis cerebral infantil cuadripléjica, síndrome rinosinobronquial y trastorno del sueño. En este contexto, manifestó Wilton Darío Londoño Mejía, en representación de su hija que, no obstante que se han autorizado las terapias de rehabilitación integral en su favor por parte la Nueva E.P.S., ello se ha dado en la Fundación Diversidad de Medellín. En efecto, el accionante solicita considerar que, al residir en la Vereda San Vicente del Municipio de Cocorná, lo mejor para mantener la salud de su hija es que las terapias sean prestadas en la Fundación de Rehabilitación Integral de Rionegro, no obstante, la entidad accionada se opone a ello, dado que dicha I.P.S. no hace parte de su red prestadora de servicios.

1. Asimismo, debe aclararse que fue el neurólogo tratante, quien anotó en la historia clínica que la paciente requería rehabilitación integral infantil cuatro días por semana en una I.P.S., de 8:00 a.m. a 12:00 p.m.,⁷¹ en donde se le prestara la atención de un equipo de salud mental, terapia física ocupacional, fonoaudiología e hidroterapia. A su vez, en las notas de evolución sugirió para ello a la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE-72.

1. Sin embargo, ante la información suministrada por la Nueva E.P.S., en el sentido de que no tiene convenio vigente con la Fundación de Rehabilitación Integral de Rionegro, no puede esta Sala de Revisión ordenar que se realice tal contratación para efectos de garantizar lo prescrito por el médico tratante. Tampoco es posible ordenarlo con sustento en la continuidad del servicio, pues, no obstante lo manifestado por el accionante, al aclarar que esta situación se presentó por un cambio en la red prestadora de la E.P.S, lo cierto es que la accionada afirma que sólo ha suministrado dicho servicio en esa institución, en cumplimiento de fallos de tutela.

1. Según se explicó, la libertad de escogencia del usuario de salud se encuentra limitada por la red prestadora, contratada por la empresa promotora de salud del afiliado. Tenía razón el juez de instancia al poner de presente la dificultad de proferir una orden en distinto sentido, lo cual podría terminar por desconocer la “potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas”⁷³. Sin embargo, tal providencia debió contemplar otras posibilidades, como así se explicará.

1. Para la Corte, la cuestión a resolver en este caso implica un análisis más profundo de todas las variantes y no se puede restringir a la perspectiva en que ha sido abordada por la accionada. Así, la Nueva E.P.S. se ha limitado a autorizar las terapias de rehabilitación integral en la prestadora de salud con convenio vigente, ubicada en la ciudad de Medellín, no obstante que el núcleo familiar de Taliana Londoño Hernández reside en la Vereda San

Vicente del Municipio de Cocorná. Ello, en principio, es posible por las medidas de accesibilidad material que se han dispuesto en los siguientes eventos: (i) en los municipios de especial dispersión geográfica el transporte -diferente a la ambulancia- para acceder a una atención financiada con recurso de la UPC, no disponible en el lugar de residencia será financiado con una prima especial; o (ii) será cubierto por la E.P.S., cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de su residencia para recibir ciertos servicios o existiendo estos en el municipio de residencia “no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios”⁷⁴. De hecho, la Nueva E.P.S., el 2 de marzo de 2021, aclaró que a la accionante se le ha prestado el servicio de transporte cuando así ha sido requerido.

1. Por lo anterior, la cuestión a considerar no es sólo la accesibilidad respecto de las terapias prescritas, las cuales por ser prestadas tan lejos del lugar de residencia de la familia y requerirse cuatro días a la semana, pueden inducir a que se desista de un tratamiento, como ya ha sucedido, sino también que el transporte y la distancia recorridas con el fin de acceder a ellas pueden terminar por causarle un daño mayor a Taliana Londoño Hernández. En ese sentido, debe analizarse con especial detenimiento que el tiempo de desplazamiento desde el Municipio de Cocorná (Antioquia) y la Fundación Diversidad (Medellín), con quien tiene convenio la accionada, puede ser de 4 horas y 30 minutos, lo cual comprende los trayectos de ida y de vuelta.

1. Al respecto, informó el padre de la menor que ello termina por generar que la niña se fatigue debido a su discapacidad y no pueda responder de forma adecuada a las terapias. Además, consideró que el viaje tan largo termina por dificultar su alimentación. De hecho, el neurólogo sugirió en las notas de evolución que las terapias se prestaran en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE-⁷⁵. Pero, incluso, lo que es más dicente de esta difícil situación fue lo manifestado por la Fundación Diversidad, la cual recomendó que la rehabilitación se efectúe en un lugar cercano a su residencia, para evitar el desgaste que implica el desplazamiento de un lugar a otro. En efecto, afirmó que la rehabilitación integral debería realizarse en un municipio cercano a su residencia⁷⁶:

1. Así, concluyó dicha I.P.S. -que se encuentra adscrita a la red prestadora de la accionada- que lo mejor para la niña era que el proceso de intervención terapéutica se realizara cerca a su lugar de residencia, en tanto un viaje tan largo “genera en ella una descompensación a nivel físico y anímico, donde no responde de manera adecuada a la intervención”⁷⁷.

1. En esta dirección, para la Corte es inadmisibile que, ante la necesidad de recorrer un largo trayecto, para recibir las terapias que requiere para hacer más llevadera su discapacidad, Taliana Londoño Hernández deba soportar una descompensación anímica, física y la agravación del insomnio que la aqueja. Según se ha constatado, los padres de la accionante se encuentran en una situación compleja, al tener que escoger entre un tratamiento a su favor que puede mejorar su calidad de vida, pero para lo cual tiene que ser expuesta a extenuantes viajes, los cuales no se compadecen con su situación de salud y su discapacidad.

1. En virtud de esta situación y ante la evidencia de que el largo trayecto que debe recorrer para recibir el tratamiento afecta el bienestar de la menor, esta Sala dispondrá que se valore a la niña, a quien de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, le asiste un interés superior en la satisfacción de sus derechos. En esta misma dirección, la Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de Salud dispuso que entre los sujetos de especial protección constitucional se encuentran los niños y adolescentes⁷⁸. Por tanto, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1751 de 2015⁷⁹, en el sentido de que se someterá a esta instancia la orden del neurólogo, en la que sugiere que la prestación de las terapias se dé en una I.P.S. determinada y la evaluación del equipo interdisciplinario, realizada por la Fundación Diversidad, con el fin de establecer el daño que se le está causando a Taliana Londoño Hernández con los largos desplazamientos y la efectividad en la prestación de las terapias de forma virtual y, con ello claro, determinar cuál es la mejor alternativa terapéutica.

1. Así, considera la Sala que en tanto no es claro para la paciente y su núcleo familiar la manera de acceder a las terapias de rehabilitación integral que requiere, sin afectar su integridad con los viajes a los que está siendo sometida o la virtualidad a la que ha sido sometida. De modo que, en los términos de la jurisprudencia a la corporación, se ha trasgredido el derecho a diagnóstico, que “(...) es un aspecto integrante del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que de cara a la situación del paciente resultan adecuados para preservar o recuperar su salud”⁸⁰.

1. En aras de realizar esta valoración y determinar la mejor opción, deberá considerarse el principio de integralidad del Sistema de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con el cual deben garantizarse que “se cumpla con la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante”⁸¹. De la misma manera, se deberá contemplar el hecho de que Taliana Londoño Hernández es una menor en situación de discapacidad y, por tanto, “[s]erá el profesional tratante quien determine el plan de tratamiento a seguir, de conformidad con la discapacidad, motivo de intervención”⁸². También deberá valorarse si, por el contexto de la pandemia, la mejor manera de brindar este servicio es en la actualidad el asesoramiento virtual.

1. Sobre esto último y aunque no fue el objetivo de la acción de tutela, la Sala advierte que en la actualidad a Taliana Londoño Hernández se le están autorizado los servicios en la Fundación Diversidad de Medellín, “(...) de forma virtual, dada la contingencia ocasionada por la pandemia de la COVID19”⁸³. Es apenas lógico que ante una circunstancia tan extraordinaria como una pandemia, se deban tomar medidas excepcionales que, entre otras cuestiones, han terminado por modificar la cotidianeidad de la mayoría de las personas, en virtud del aislamiento y distanciamiento decretado. En este contexto, la Corte entiende la interrupción inicial del tratamiento presencial en favor de la accionante.

1. Sin embargo, después de haber transcurrido más de un año de esta situación, la Corte considera que, en general, las E.P.S. deben buscar normalizar la prestación de los servicios, garantizando -de cualquier forma- adoptar todas las medidas sanitarias, que sean necesarias para prevenir el COVID-19. Con mayor razón, si como sucede en este caso, se busca proteger la atención prevalente en salud de una niña en situación de discapacidad y existe una obligación especial en el artículo 46.12 de la Ley 1098 de 200684, de acuerdo con el cual el Sistema de Seguridad Social en Salud debe “[d]isponer 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”⁸⁵.

1. En ese sentido, advierte la Sala que puede existir una dificultad del núcleo familiar para satisfacer los requerimientos de los múltiples trabajadores en salud y cumplir con el objetivo de las terapias de rehabilitación integral. Pese a que las expectativas de los padres de la accionante parecen ser moderadas, pues según se indicó con el tratamiento buscan “favorecer su proceso de rehabilitación”, es claro el interés que existe en que, con constancia, se obtengan grandes avances. Ello se refleja en el hecho de que, desde agosto de 2015, de manera interrumpida, la niña hubiese recibido las terapias de rehabilitación integral de manera presencial.

1. Uno de los principios del derecho a la salud es el de continuidad y, por tanto, deben moderarse aquellas medidas que impliquen la interrupción súbita de un tratamiento o que lleven a que una familia asuma la competencia especializada de profesionales en salud. Con mayor razón, si ello implica, como en el caso estudiado, recibir de un asesoramiento virtual, la cual puede verse afectado por circunstancias externas como la conectividad de determinado sector rural. Así, en el caso de Taliana Londoño Hernández, la Junta Médica deberá determinar cuál es el mejor mecanismo para apoyar al núcleo familiar, sin que ello implique la interrupción súbita de las terapias físicas que se le venían prestando, a menos que se determine que tal es el mejor mecanismo para satisfacer el derecho a su salud, el

interés superior de la menor y la mejor manera de no exponerla a un riesgo mayor, en el marco de la pandemia por el Covid-19.

1. De cualquier forma, es pertinente informarle al señor Wilton Darío Londoño Mejía que, si considera que la Nueva E.P.S. no cumple con la mejor red de contratación para la prestación de los servicios en favor de su hija, siempre cuenta con la posibilidad de modificar la afiliación a esta entidad y efectuar el traslado hacía otra E.P.S., en virtud de la libertad de elección contemplada en los artículos 153 y 159 de la Ley 100 de 1993.

1. Por último, esta Sala se abstendrá de conceder el tratamiento integral solicitado, por cuanto no se aportaron los elementos suficientes que permitieran acreditar su necesidad, a fin de que no se viera interrumpida la atención en salud que la Nueva E.P.S. le ha venido suministrando a Taliana Londoño Hernández. Por el contrario, al margen de las consideraciones sobre el daño que se le puede estar causando por los trayectos que debe realizar la niña entre el lugar de su residencia y la prestación del servicio de forma virtual, lo cierto es que no existe evidencia sobre tratamientos o medicamentos pendientes por ser tramitados o una negación al acceso al servicio de salud por parte de la entidad accionada. Por tanto, no se pudo constatar la existencia de órdenes médicas pendientes y, mucho menos, la acreditación de una negligencia continuada por parte de la entidad accionada. En tal sentido, se ha afirmado por este tribunal que el tratamiento integral no puede tener como base afirmaciones abstractas o inciertas. De acuerdo con ello, la sentencia T-081 de 2019 dispuso lo siguiente:

“(…) para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su

muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes”⁸⁶.

1. A partir de lo estudiado, la Sala procederá a revocar la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro, del 12 de marzo de 2020, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Wilton Darío Londoño Mejía, como agente oficioso de Taliana Londoño Hernández, en contra de la Nueva E.P.S. En su lugar, tutelaré el derecho a la salud, en su faceta de diagnóstico respecto de la pretensión de conceder las terapias de rehabilitación integral en una I.P.S. determinada, con la cual la Nueva E.P.S. no tiene convenio vigente. Por último, deja claridad la Sala que, en lo que respecta al tratamiento integral solicitado, no se concede el amparo del derecho a la salud por las razones expuestas en esta providencia.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. Le correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si la Nueva E.P.S vulneró los derechos fundamentales a la salud de Taliana Londoño Hernández, de 10 años, a quien le han autorizado la prestación de las terapias físicas de rehabilitación integral en la en la Fundación Diversidad (Medellín), por ser la entidad con convenio vigente con la prestadora de salud, no obstante que la accionante reside en la Vereda San Vicente del Municipio de Cocorná y para desplazarse a este lugar tardan dos horas más de lo que emplearían en asistir a Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE- (Rionegro).

1. Como resultado de las subreglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

a. El artículo 44 de la Constitución afirma que el derecho a la salud de los niños es fundamental. En este contexto, la Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de Salud dispone –entre otras cuestiones- que (i) el acceso a estos servicios comprende la prestación oportuna, eficaz y con calidad, (ii) es una obligación del Estado abstenerse de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de un sujeto, (iii) la integralidad exige el suministro de todos los servicios y/o tecnologías necesarias para prevenir, paliar o curar la enfermedad y (iv) son sujeto de especial protección los niños, adolescentes, mujeres en embarazo, víctimas de la violencia, la población adulto mayor, las personas en situación de discapacidad y quienes sufran de enfermedades huérfanas.

a. La libertad de escogencia constituye uno de los pilares y de los principios del Sistema de Seguridad Social de Salud, desarrollado por la Ley 100 de 1993. Esta libertad, de acuerdo con la Corte Constitucional, se erige como un derecho de doble vía en favor de las empresas promotoras de salud y de los usuarios de este sistema. En efecto, (i) permite a las E.P.S. “elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad”⁸⁷ y (ii) comprende la posibilidad de que los usuarios puedan escoger la E.P.S. de su preferencia, así como, una vez afiliados a ella, las I.P.S. en la que se le suministraran determinados servicios. En este último caso, tal libertad no es absoluta, pues se debe optar por alguna de las instituciones que ha contratado la respectiva E.P.S. para el efecto, a menos que se trate de la atención de urgencias en salud; la E.P.S. expresamente lo autorice o cuando “la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios”⁸⁸.

a. Este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener sustento en afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber: (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de

tratamientos; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.

1. Sobre la base de lo anterior, la Sala concluyó que no podía ordenar a la Nueva E.P.S. que las terapias de rehabilitación integral en favor de Taliana Londoño Hernández fueran prestadas en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE- (Rionegro), por cuanto la accionada informó que no tenía convenio vigente con la entidad y, una orden en dicho sentido terminaría por desconocer la libertad que tiene la E.P.S., para elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno. Sin embargo, ante la evidencia en el sentido de que los trayectos que tiene que asumir la niña para recibir el tratamiento pueden terminar por deteriorar su estado de salud y, además, existen potenciales dudas sobre la efectividad de la prestación de las terapias de forma virtual, se procederá a amparar el derecho al diagnóstico, con el fin de que sea una Junta Médica al interior de la entidad accionada la que determine la mejor manera de lograr la rehabilitación de la menor de edad. Así, deberá considerar este grupo de profesionales en salud, si existe una mejor opción que la atención virtual, que ahora se está prestando, debido a las condiciones y restricciones de acceso a centros hospitalarios como consecuencia de la pandemia Covid-19. Finalmente, al no haberse demostrado los presupuestos exigidos por la jurisprudencia vigente, se negará la pretensión referida al tratamiento integral solicitado.

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.- REVOCAR la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro que, el 12 de marzo de 2020, declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Wilton Darío Londoño Mejía, como agente oficioso de Taliana Londoño Hernández, en contra de la Nueva E.P.S. En su lugar, y con sustento en las razones expuestas en esta providencia, CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la salud en su faceta al diagnóstico.

Segundo.- ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, programe una junta médica, en los términos del artículo 16 de la Ley 1751 de 2015, con el fin de que determine la mejor alternativa terapéutica en favor Taliana Londoño Hernández. Para ello, después de analizar la orden del neurólogo y la evaluación del equipo interdisciplinario, realizada por la Fundación Diversidad, deberá determinar si con los largos desplazamientos, que requiere para asistir a las terapias de rehabilitación, se pone en riesgo su integridad física o se deteriora su estado de salud y si, de acuerdo a los parámetros dictados en esta providencia, existe una mejor opción a las terapias virtuales, que hasta el momento están siendo autorizadas por la accionada, en el contexto de la pandemia por el COVID-19. El financiamiento del servicio o tecnología en salud que requiera la menor de edad, que defina la junta médica deberá ser garantizado por la Nueva E.P.S.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA T-136/21

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO-Debió concederse el amparo exceptuando la regla general de que las EPS solo tienen el deber de prestar sus servicios a través de su red contratada (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-7.954.765

Acción de tutela interpuesta por Wilton Darío Londoño Mejía en representación de su hija, en contra de la Nueva EPS

Magistrado sustanciador:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, presento salvamento de voto a la decisión adoptada en la Sentencia T-136 de 2021, por las razones que paso a exponer.

A partir de los hechos del caso y de las pruebas obrantes en el expediente, la orden que dictó la Sala no detiene la vulneración de los derechos fundamentales de la menor. Por el contrario, la somete a que, de nuevo, la EPS accionada valore la solicitud de que se adelante el tratamiento de rehabilitación en la IPS Fundación RIE a pesar de que, de un lado, el objeto de la tutela fue controvertir tal negativa y, de otro, que en el expediente existían medios de prueba suficientes para que la Sala ordenara el traslado.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional⁸⁹ y los medios de prueba obrantes en el expediente, era necesario exceptuar la regla general de que las EPS solo tienen el deber de prestar sus servicios en las IPS de la red contratada. En el presente asunto se encontraba

justificado el cambio y, por tanto, garantizar la continuidad del tratamiento de rehabilitación que recibía la menor en la IPS Fundación RIE por las siguientes razones:

En primer lugar, el traslado de la IPS Fundación RIE a la IPS Fundación Diversidad, ubicada en la ciudad de Medellín, no se fundamentó en una decisión del médico tratante, sino en un cambio de la red de IPS contratadas por la Nueva EPS90.

En tercer lugar, la IPS actual –con sede en la ciudad de Medellín– recomendó el traslado de la menor a una IPS más cercana a su hogar –ubicado en la vereda San Vicente del municipio de Cocorná–, al evidenciar que los largos trayectos a los que se sometía le generaron alteraciones en su alimentación y en los ciclos de sueño, que le impedían atender las terapias y que repercutían en su evolución médica92.

En cuarto lugar, como lo precisó el padre de la menor, en la IPS Fundación RIE no solo se le brindaban sesiones de hidroterapia, sino que la asistencia semanal era mucho mayor lo que, en su concepto, repercutía positivamente en el tratamiento de su hija93.

Así las cosas, someter a la menor a nuevos traslados y valoraciones para que la Nueva EPS evalúe la posibilidad del cambio de IPS resulta no solo desproporcionado, sino un remedio judicial con una menor probabilidad de eficacia para la debida protección de los derechos fundamentales de la menor accionante.

Finalmente, me aparto de las manifestaciones generales de comprensión que se realizan en la providencia en torno a las terapias de rehabilitación virtuales practicadas a la menor durante más de un año en la IPS de la ciudad de Medellín, con fundamento en las

restricciones derivadas de la pandemia de la COVID -19. Si bien, este fenómeno ha tenido distintas variaciones que, en algunos momentos, han impedido la prestación presencial de determinados servicios de salud, lo cierto es que no se aprecian medios probatorios suficientes para evidenciar que, en relación con la atención que requiere la menor, se hubiesen aducido restricciones desproporcionadas para que esta no se llevara a cabo, bien, por riesgos a su salud o del personal sanitario tratante. Lo anterior era especialmente relevante si se tiene en cuenta que, en casos como el presente, que tienen que ver con el diagnóstico de epilepsia focal sintomática, parálisis cerebral infantil, síndrome rinosinobronquial y trastorno del sueño, las sesiones de tratamiento parecen requerirlas.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

1 A la acción de tutela se adjuntó fotocopia de la tarjeta de identidad de Taliana Londoño Hernández, en la que consta que nació el 14 de octubre de 2010. Folio 20 del cuaderno principal.

2 En la evaluación realizada por la Fundación Diversidad, la madre de la menor de edad afirma que cuando estaba recién nacida Taliana Londoño Hernández tuvo ser hospitalizada por “hipoxia perinatal”, después por neumonía y gastroenteritis. Asimismo, advierte que su hija tiene un retraso total, no obtiene control cefálico, ni marcha independiente. Tampoco puede emitir ninguna palabra y tiene algunas dificultades para lograr la succión, deglución, masticación y, al no controlar esfínteres, debe utilizar pañales. Folio 37 del cuaderno principal. // Más adelante, en dicho informe se advierte que, según se indica, Taliana presentó hipoxia perinatal, lo que la dejó con secuelas de “parálisis cerebral espática” y ahora sufre de reflujo gastroesofágico, presenta trastorno del sueño, pero “nunca ha presentado episodios convulsivos”. Folio 38 del cuaderno principal. // En consecuencia, como diagnóstico se indica que la niña cuenta con parálisis cerebral espástica, retardo mental profundo y trastorno del sueño. Folio 39 del cuaderno principal. // No obstante, en la evaluación por neurología, realizada el 28 de noviembre de 2019, se deja claro que como diagnóstico clínico la menor tiene “epilepsia focal sintomática, parálisis infantil cuadripléjica y síndrome rinosinobronquial”. Folio 53 del cuaderno principal.

3 Folio 49 del cuaderno principal. Asimismo, consta en el expediente un “informe sobre el proceso terapéutico”, realizado en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE- de junio de 2019, en el que consta que la accionante inició proceso terapéutico en dicha entidad. Folio 50 a 52 del cuaderno principal.

4 Así fue certificado por la Coordinadora de la Fundación Diversidad, el 15 de enero 2020.

5 Folio 37 del cuaderno principal.

6 Folio 40 del cuaderno principal.

7 Folio 41 del cuaderno principal.

8 Folios 40 y 41 del cuaderno principal. Este informe se realizó por especialistas en fonoaudióloga, terapia ocupacional, fisioterapeuta y psicología de la Fundación Diversidad. Folios 35 a 47 del cuaderno principal.

9 Al amparo solicitado, el accionante adjuntó dos fallos de tutela. El primero fue proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Cocorná, el 10 de abril de 2014, en el que se solicitó mediante una acción de tutela varios insumos médicos en favor de Taliana Londoño Hernández. En consecuencia, ordenó dicho juzgador a la Nueva E.P.S. el suministro de los medicamentos e insumos solicitados. Folio 21 a 26 del cuaderno principal. // El segundo fallo tuvo como base una acción de tutela interpuesta por la señora Luz Amanda Hernández Gallego, en favor de Taliana Londoño Hernández, en la que se solicitó a la Nueva E.P.S. que realizara un convenio con la Fundación Rehabilitación Integral -RIE- para brindarle a su hija tratamiento integral, rehabilitación e inclusión social. Esta providencia fue proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro, el 16 de abril de 2015, y ordenó a la Nueva E.P.S. que autorizara la realización de tratamiento integral en el que se incluyeran las terapias convencionales y no convencionales prescritas por el médico tratante en favor de la menor de edad. No obstante, no se accedió a que tales terapias debían prestarse en la Fundación Rehabilitación Integral -RIE-, por cuanto ello “limitaría la libertad de contratación de la EPS accionada”. Folio 27 a 34 del cuaderno principal.

10 Folio 10. Sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro.

11 El inciso primero del artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional –Acuerdo 02 de

2015- dispone que “[c]on miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General”.

12 En los requerimientos del auto de pruebas, se solicitó informar cuál es la situación económica y la conformación del núcleo familiar; desde cuando Taliana Londoño Hernández se encontraba asistiendo a la I.P.S. Fundación Rehabilitación Integral Especializada; el tiempo que tardan en recorrer los trayectos desde la Vereda San Vicente del Municipio de Cocorná (Antioquia) hasta la I.P.S. “Fundación R.I.E” y hasta la I.P.S. Fundación Diversidad. Asimismo, se requirió al accionante, con el fin de que allegara las respuestas desfavorables que ha recibido de la Nueva E.P.S., en el sentido de no autorizar las correspondientes terapias de rehabilitación en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE-.

13 Se ofició a la Nueva E.P.S., quien detenta la calidad de accionada, para que explicara los motivos por los cuales se ha negado a autorizar las terapias que requiere Taliana Londoño Hernández en la Fundación Rehabilitación Integral Especializada y, en particular, la respuesta ante la orden, del 28 de noviembre de 2019, proferida por el neurólogo tratante. Finalmente, se le preguntó si en algún momento tuvo convenio con la Fundación Rehabilitación Integral Especializada -RIE- y que, de ser el caso, precisara el momento en que dicho convenio se terminó.

14 En particular, el 23 de febrero de 2021, la Directora de la Fundación de Rehabilitación Integral Especializada certificó que Taliana Londoño Hernández, con discapacidad cognitiva y motora, estuvo vinculado a un programa terapéutico de lunes a jueves, de 8:00 a.m. a 12:00 m, “(...) durante el periodo del mes de agosto del año 2015, hasta diciembre 2015 con plan padrino, y desde mes de octubre 2016 hasta el mes julio de 2019, donde estaba cubierta por la Nueva E.P.S, donde recibía apoyo e intervención por parte de Fisioterapia, Fonoaudiología, Terapia Ocupacional, Psicología y Profesional de apoyo”.

15 Entre los documentos que adjuntó el accionante, se encuentran los siguientes: (i) evaluación interdisciplinaria, realizada por la Fundación Diversidad, el 6 de septiembre de

2019; (ii) certificado de Rehabilitación Integral Especializada, el 23 de febrero de 2021, en el que se aclara que Taliana Londoño Hernández estuvo vinculada en dos oportunidades en dicha I.P.S.; (iii) correo de respuesta de la Nueva E.P.S., del 15 de febrero de 2010, aduce que no es posible la exigencia de un especialista o una entidad particular, toda vez que depende al red de prestadores del servicio y (iv) nota de evolución, del 28 de noviembre de 2019, en la que el neurólogo aduce que, entre el tratamiento a seguir, está la necesidad de terapias de rehabilitación general, en donde sugiere “la Fundación RIE en Rionegro”.

16 Poder allegado al aportar las pruebas requeridas en Sede de Revisión.

17 Como anexos a la contestación del auto de pruebas, se aportaron -entre otros- los siguientes documentos: (i) certificación de la I.P.S. Diversidad en donde se aclara que Taliana Londoño Hernández en la actualidad está siendo atendida en el servicio “habilitación rehabilitación con énfasis en terapia de neurodesarrollo”; (ii) correo electrónico enviado por dicha E.P.S. en el que se aclara que, en la actualidad, se están prestando los servicios de tele-rehabilitación, en consideración a la situación sanitaria que está viviendo el país por el COVID-19, y no se están prestando los servicios que incluyen terapias hídricas, dado que “es un servicio presencial” y, por tanto, no se está prestando con el fin de acatar la responsabilidad que les compete a las I.P.S. de minimizar los riesgos de los profesionales y usuarios, en el contexto de la pandemia; y (iii) carta de presentación empresarial de la I.P.S. Diversidad, en la que se alude a la propuesta de valor de esta entidad.

18 Pese a que el accionante no aportó el registro civil de nacimiento de Taliana Londoño Hernández, es claro con los documentos aportados que tiene la calidad de padre de la menor de edad, como así quedó consignado, entre otros, en la “Evaluación interdisciplinaria” efectuada, el 6 de septiembre de 2019, en la Fundación Diversidad. Folio 36 del cuaderno principal.

19 El inciso primero del artículo 48 de la Constitución establece que la seguridad social es un servicio público, en los siguientes términos: “[l]a Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. Por su parte, el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 señala que “[e]l servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia,

universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación (...)"'. Finalmente, el artículo 4 de esta ley prevé que la seguridad social es un servicio público obligatorio, y que "(...) es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

20 Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: "(...) 3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos".

21 En efecto, la orden del médico neurólogo, Christhian Gómez, consta del sello de radicación ante la Nueva E.P.S. del 28 de noviembre de 2019. Folio 54 del cuaderno principal.

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

23 Pese a que esta no era la redacción original de la disposición, ella fue modificada, de forma sucesiva, por la Ley 1438 de 2011 y la Ley 1949 de 2019.

24 En similar sentido, advirtió que la competencia de la Superintendencia de Salud es principal y prevalente y no está desplazando al juez de tutela pues la competencia de este último es residual y subsidiaria. No obstante, ello no implica que el amparo "no esté llamada a proceder "como mecanismo transitorio", en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente (...)"'. Corte Constitucional. Sentencia C-119 de 2008.

25 Sobre la impugnación de las decisiones de la Superintendencia, en la sentencia T-603 de 2015 (reiterada recientemente, en la SU-124 de 2018), la Corte consideró pertinente aplicar, por analogía, el término de 20 días contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 para la impugnación de los fallos de tutela, y exhortó al Congreso de la República para que regulara el término en que debían surtirse dichas impugnaciones ante las salas laborales de los tribunales superiores de distrito judicial, la cual fue asignada mediante Decreto 2462 de 2013.

26 Decreto 2591 de 1991, artículo 3.

27 Contenidas en la Ley 1438 de 2011, artículo 126, y la Ley 1949 de 2019, artículo 6.

28 Corte Constitucional, sentencias T-644 de 2015, T-400 de 2016, T-450 de 2016, T-344 de 2019 y T-133 de 2020.

29 Ibidem. En similar sentido, la sentencia SU-124 de 2018 -después de referir las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud- precisó que, de cualquier manera, se debe analizar la idoneidad y eficacia de este mecanismo a la luz de las circunstancias particulares de cada caso concreto. En consecuencia, consideró que el amparo procedería -a modo de ejemplo- cuando: “a. Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas”. // “b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional”. // “c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional” // “d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad”. La anterior consideración fue reiterada, de forma reciente, en la sentencia SU-508 de 2020, en la que, además, se cuestionó la reglamentación vigente del proceso jurisdiccional ante tal superintendencia. Según se estableció, la idoneidad y eficacia del mismo podía ser cuestionada en virtud de la existencia de (i) situaciones normativas, como el hecho de que el legislador hubiere omitido regular el término para el acceso a la segunda instancia; (ii) la limitación en el objeto de esta función, en tanto el recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud sólo procede ante la negativa por parte de las E.P.S., mas no en aquellos casos en los cuales existe una omisión o un silencio y tampoco aplicaría para los servicios expresamente excluidos; (iii) la existencia del déficit de protección que se genera en consideración a que ante tal ente no existe un mecanismo que permita garantizar el cumplimiento de la decisión y, (iv) finalmente, en consideración a que la agencia oficiosa en la tutela sólo exige la manifestación expresa de quien la ejerce y que el agenciado no esté en condiciones de promover su propia defensa, mientras que ante la Superintendencia, el agente debe prestar caución y la ratificación, so pena de dar por terminada la actuación, conforme al artículo 57 del Código General del Proceso.

30 Después de que se profirió esta sentencia, la Corte Constitucional ha procedido a estudiar la problemática persistente y estructural en el Sistema de Salud y encontrar soluciones efectivas.

31 Audiencia pública celebrada el 6 de diciembre de 2018, la cual fue convocada mediante Auto 668 de 2018.

32 Corte Constitucional, sentencias T-114, T-192 y T-344 de 2019.

33 Corte Constitucional, sentencias T-061 de 2019, T-114 de 2019, T-117 de 2019, T-170 de 2019, T-259 de 2019, T-344 de 2019, T-409 de 2019, T-423 de 2019 y T-449 de 2019.

34 Audiencia pública celebrada el 6 de diciembre de 2018, la cual fue convocada mediante Auto 668 de 2018.

35 En la evaluación por neurología, realizada el 28 de noviembre de 2019, se deja claro que Taliana Londoño Hernández ha sido diagnosticada con “epilepsia focal sintomática, parálisis infantil cuadripléjica y síndrome rinosinobronquial”. Folio 53 del cuaderno principal.

36 Ver al respecto, el análisis de subsidiariedad de la sentencia T-170 de 2019, en el caso de un niño en situación de discapacidad.

37 Al respecto, es posible consultar –entre otras- las sentencias T-104 de 2007, T-754 de 2010, T-661 de 2013 y T-307 de 2015.

38 La sentencia C-774 de 2001 precisó que “La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica” // “De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio”. // “De esta manera se

puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”.

40 Corte Constitucional, sentencias C-774 de 2001 y T-583 de 2019.

41 Folio 27 a 34 del cuaderno principal. Anexos de la acción de tutela.

42 Sentencia proferida el 16 de abril de 2015, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro. Folio 33 del cuaderno principal.

43 Folios 40 y 41 del cuaderno principal. Este informe se realizó por especialistas en fonoaudióloga, terapia ocupacional, fisioterapeuta y psicología de la Fundación Diversidad. Folios 35 a 47 del cuaderno principal.

44 En la sentencia T-219 de 2018 se estableció que “[l]a identidad de causa implica que, tanto el proceso que ya hizo tránsito a cosa juzgada, como la nueva demanda, deben contener los mismos fundamentos fácticos sustentando la pretensión”. Al respecto, también es posible consultar la sentencia T-512 de 2020.

45 “Artículo 44. 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”.

46 La sentencia C-507 de 2004 precisó que “la protección reforzada de los derechos de los niños y de las niñas encuentra sustento en varias razones, entre las cuales se resaltan tres. La primera es que la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defender los de otros grupos que no se encuentran en tal situación. La segunda es que es una manera de promover una sociedad democrática, cuyos miembros conozcan y compartan los principios

de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad”. // “La tercera razón tiene que ver con la situación de los menores en los procesos democráticos. La protección especial otorgada por el constituyente a los menores es una forma corregir el déficit de representación política que soportan los niños y las niñas en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate parlamentario”.

47 La sentencia SU-225 de 1998 afirmó que “considera la Corte que del artículo 44 tantas veces citado se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático – que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales – exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor – lo que se ha denominado su núcleo esencial –, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela”.

48 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008. Asimismo, sobre las particularidades del derecho fundamental de salud de los niños, niñas y adolescentes es posible consultar las sentencias T-869 de 2012 y T-399 de 2017, entre otras.

49 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

50 El artículo 8º de la Ley 1098 de 2006 estipula que “[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.

51 Artículo 46.12 de la Ley 1098 de 2006.

52 Artículo 2° de la Ley 1751 de 2015.

53 Artículo 3° de la Ley 1751 de 2015.

54 Artículo 6° de la Ley 1751 de 2015.

55 Artículo 8° de la Ley 1751 de 2015.

56 El artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 dispone lo siguiente: “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. // Parágrafo 1°. Las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual tienen derecho a acceder de manera prioritaria a los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que requieran. //Parágrafo 2°. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011”.

57 Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

58 Artículo 16 y 17 de la Ley 1751 de 2015.

59 Con todo, debe precisar esta Corporación que la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el derecho a la salud en control concreto a través de las sentencias T-178/17, T-314/17, T-357/17, T-405/17 y T-193/17, entre otras.

60 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

61 Corte Constitucional, sentencia T-069 de 2018.

62 Corte Constitucional, sentencia T-171 de 2015.

63 Corte Constitucional, sentencia T-268 A de 2012.

64 Por tanto, aclaró la sentencia T-760 de 2008 que “para que la libertad de escogencia de las entidades de salud por parte de las personas tenga el efecto de promover las buenas entidades y desincentivar a las malas, es preciso que la información sobre las mismas exista y pueda ser conocida por las personas en el momento de escoger la entidad en cuestión”.

65 Corte Constitucional, sentencia T-719 de 2005. En esta dirección, la sentencia T-1063 de 2005 estableció, en el caso de una niña que solicitaba la autorización de terapias de rehabilitación por la deficiencia en desarrollo físico y psicológico en una I.P.S. específica, que no bastaba con la afirmación de la madre de la menor en el sentido de que la prestación del servicio era deficiente.

66 Corte Constitucional, sentencia T-965 de 2007.

67 Corte Constitucional, sentencias T-695 de 2014, T-448 de 2017 y T-069 de 2018.

68 Corte Constitucional, sentencia T-286A de 2012.

69 Corte Constitucional, sentencia T-519 de 2014.

70 Ibidem.

71 Folios 54 y 54 del cuaderno principal.

72 Folio 53 del cuaderno principal.

73 Corte Constitucional, sentencia T-171 de 2015.

74 Al respecto, es posible consultar el artículo 122 de la Resolución 0002481 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”. En efecto, el artículo 133 indicó que ella estaría vigente desde el 1° de enero de 2021 y

derogarías las disposiciones contrarias.

75 Folio 53 del cuaderno principal.

77 Folios 40 y 41 del cuaderno principal. Este informe se realizó por especialistas en fonoaudióloga, terapia ocupacional, fisioterapeuta y psicología de la Fundación Diversidad. Folios 35 a 47 del cuaderno principal.

78 Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

79 Tal disposición indica que “[l]os conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley”.

80 Corte Constitucional, sentencia T-036 de 2017.

81 Al respecto, es posible considerar lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución 0002481 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

82 Artículo 83 de la Resolución 0002481 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social “Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

83 Folio 1. Respuesta al requerimiento del auto de pruebas, suministrado por la Nueva E.P.S., el 23 de febrero de 2021.

84 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.”,

85 Artículo 46.12 de la Ley 1098 de 2006.

86 Corte Constitucional, sentencia T-081 de 2019.

87 Corte Constitucional, sentencia T-519 de 2014.

88 Ibidem.

89 Entre otras, en particular, cfr., las sentencias T-531 de 2012, T-286 A de 2012 y T-268 de 2014.

90 En efecto, la demanda de tutela advierte que el cambio de IPS se da con sustento en los cambios efectuados por la Nueva EPS en sus prestadores de servicios (fj 4 de la sentencia). Frente a lo cual, el magistrado sustanciador en el auto de pruebas le indagó a la demandada a cerca de si tuvo convenio con la Fundación RIE, y la respuesta de la entidad, en lugar de controvertir la afirmación de la parte demandante, se limitó a indicar que en la actualidad no tenía convenio vigente con la Fundación RIE (fj 29).

91 En el fj 71 de la sentencia se advierte que según el concepto del neurólogo tratante la menor requiere rehabilitación integral infantil, mediante terapias durante cuatro días a la semana en un horario de 8 am a 12 m, mediante un equipo de salud mental, terapia física ocupacional, fonoaudiología e hidroterapia y sugirió para ello la Fundación RIE.

92 Al respecto, en el fj 76 de la sentencia, se señala: “lo que es más diciente de esta difícil situación fue lo manifestado por la Fundación Diversidad, la cual recomendó que la rehabilitación se efectúe en un lugar cercano a su residencia”.

93 Al respecto, cfr., lo señalado en el fj 24 de la sentencia.