

Sentencia T-207-09

Referencia: expediente T- 2105189.

Acción de tutela instaurada mediante apoderado, por la progenitora del menor Juan Martín Torres Montañez, contra Colpatria EPS y JaveSalud IPS.

Procedencia: Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido en agosto 29 de 2008 por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, confirmatorio del adoptado en julio 17 del mismo año por el Juzgado Veinte Penal Municipal de esta ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por la progenitora del menor Juan Martín Torres Montañez, contra Colpatria EPS y JaveSalud IPS.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho de segunda instancia, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; la Sala de Selección N° 11 de la Corte, el 18 de noviembre de 2008, lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

Guiovanna Montañez Rodríguez, madre del niño Juan Martín Torres Montañez, obrando mediante a apoderado, elevó acción de tutela en julio 7 de 2008, contra Colpatria EPS y JaveSalud IPS, aduciendo vulneración de los derechos a la vida, a la salud y de los niños

discapacitados, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

Juan Martín Torres Montañez nació el 15 de enero de 2008, padeciendo Síndrome de Down. Se encuentra afiliado al sistema general de salud a través de Colpatria EPS, en calidad de beneficiario.

Un médico tratante, adscrito a dicha empresa, prescribió en junio 3 de 2008, que necesitaba “iniciar programa especial en corporación especializada en s down”, por ser “esencial e indispensable no sólo para la salud física y mental, del menor afectado por el síndrome en cita, sino para la protección de su derecho fundamental a la vida e integridad personal, en condiciones dignas”, ya que el tratamiento solicitado tiene por objeto “utilizar los recursos de la ciencia médica, y de los grupos interdisciplinarios, para preparar el menor diferente, afectado infortunadamente por enfermedad que le impide la normal ínter actuación con el entorno” (f. 2 cd. inicial.).

Pedida autorización a Colpatria EPS “para dar cumplimiento al programa especial” en una corporación especializada en tal síndrome, fue negada porque no se encuentra en el plan obligatorio de salud (f. 2 ib.).

La progenitora poderdante “se encuentra en este momento separada de hecho de su esposo, es madre cabeza de familia, está dedicada al hogar, no tiene empleo estable”, por lo cual carece de recursos para pagar el programa que necesita su hijo, ordenado por el galeno tratante (f. 2 ib.).

Por consiguiente, se solicita autorizar al niño Juan Martín Torres Montañez el programa especial en una “corporación especializada en síndrome de down, y la totalidad de los procedimientos quirúrgicos, médicos u hospitalarios” que requiera, cuyos costos debe asumir la EPS demandada (f. 5 ib.).

B. Documentos relevantes cuya copia u original obra en el expediente.

1. Carné de afiliación del niño Juan Martín Torres Montañez a la EPS Colpatria (f. 7 ib.).
2. Prescripción expedida por el pediatra tratante, con sello de Colpatria y membrete de

JaveSalud, de junio 3 de 2008, donde consta que dicho niño debe iniciar el programa en la “corporación especializada en S Down” (f. 8 ib.).

3. Registro Civil de Nacimiento del mencionado menor (f. 9 ib.).

4. Evolución médica del niño, expedida en junio 3 de 2008 por JaveSalud IPS (f. 10 ib.).

5. “Formato de Negación de Servicio de Salud y/o Medicamentos”, suscrito por la coordinadora de usuarios de Salud Colpatria (f. 11 ib.).

6. Reporte de la Central de Información Financiera, Cifin, administrada por Asobancaria, sobre ausencia de cuentas corrientes, tarjetas de crédito, cartera por servicios, o del comercio, o hipotecarias a nombre de Giovanna (sic) Montañez Rodríguez (fs. 36 y 37 cd. inicial).

7. Comunicaciones sobre la inexistencia de matrícula inmobiliaria a nombre de dicha señora en el área cubierta por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C., Zona Norte (f. 38 ib.), ni en el índice de propietarios (f. 35 ib.).

8. Oficio 8532088-2398 de la DIAN, de julio 14 de 2008, en el sentido de que la señora en mención no figura inscrita en el Registro Único Tributario, RUT, ni con declaraciones de renta presentadas (f. 34 ib.).

C. Respuesta de COLPATRIA EPS.

El representante legal de Salud Colpatria S.A., Medicina Prepagada y EPS, manifestó que el menor en cuyo nombre se actúa “se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el Régimen Contributivo... en calidad de beneficiario de su padre señor Anyelo Camilo Torres Segura... quien está afiliado como trabajador independiente” (f. 18 ib.).

Sostuvo que el menor Juan Martín Torres Montañez “no está incluido en el contrato de medicina prepagada, con el fin de acreditar capacidad económica del grupo familiar del menor”, pero su padre Anyelo Camilo Torres Segura tiene con Salud Colpatria S.A. “un contrato de medicina prepagada por el cual paga \$258.720 mensuales” (f. 18 ib.).

Anotó que el mencionado niño tiene como IPS a JaveSalud, otorgándose a estos menores un manejo “con base en una adecuada estimulación, con tratamiento médico, ocupacional y terapias del lenguaje (si las requiere), todos estos servicios están incluidos en el POS y están siendo garantizados por la EPS” (f. 19 ib.).

No se puede pedir a la EPS, según asevera el representante de ésta, la atención que ya viene garantizando, para que ahora se preste “en una institución de la salud que no hace parte de la red de prestadores de salud de la EPS Colpatria”, como es la Corporación Síndrome de Down (f. 21 ib.).

Así, solicitó de manera principal denegar la tutela y vincular a la Secretaría de Salud de Bogotá, para la atención de todo lo no cubierto por el POS, en fundamento de lo cual cita los artículos 28 del Decreto 806 de 1998; 43 de la Ley 715 de 2001; y 4° y 10° del Decreto 2878 de 2007.

D. Respuesta de JAVESALUD IPS.

En julio 11 de 2008, el director ejecutivo de dicha institución argumentó que Colpatria EPS es quien debe pronunciarse y que aunque autoricen lo solicitado por la parte demandante, esa IPS no cuenta con un programa para niños con Síndrome de Down, ni con “los medios técnico científicos requeridos”, por lo que el menor debe estar en “una institución de primer nivel”, especializada, que pueda “ofrecer apoyo a los padres mediante alternativas que mejoraran las condiciones de vida de sus hijos... en lo relacionado con el desarrollo cognitivo y motor de la persona a lo largo de toda su vida” (f. 32 ib.).

E. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Veinte Penal Municipal de Bogotá, en sentencia de julio 17 de 2008, concedió lo solicitado por la parte actora indicando que Colpatria EPS incurrió en una omisión al no autorizar el programa especial que el menor requiere, poniendo en inminente amenaza el derecho a la vida en condiciones dignas, “máxime cuando goza de una protección especial por encontrarse en una circunstancia de debilidad manifiesta” (f. 43 ib.).

Sostuvo que fue el médico tratante, adscrito a la entidad, quien pidió la atención

requerida por el niño, siendo él quien “tiene el conocimiento médico en la especialidad y dispone de la información específica” (f. 43 ib.).

En cuanto a la capacidad económica, la EPS “no desvirtuó la afirmación que hizo la accionante a través de su apoderado... a pesar de estar en posibilidad de hacerlo ya que posee archivos con información detallada de sus afiliados” y en la comunicación “remitida por la Asobancaria”, se señaló que la mamá del menor “no figura como titular de ninguna cuenta bancaria”, ni de créditos, como tampoco “ostenta derecho de dominio sobre ningún bien inmueble; no quedando alternativa distinta que tener por acreditada su insolvencia económica para sufragar directamente el costo del programa integral” (f. 44 ib.).

Puntualizó que Colpatria EPS incurrió en una “conducta ilegítima”, porque “a pesar de tener pleno conocimiento que no es posible brindar la atención médica especial que requiere el menor a través de la IPS JaveSalud, a ultranza pretende hacer ver lo contrario” (f. 45 ib.).

De otra parte, desvinculó a la IPS JaveSalud, toda vez que ésta no ha incurrido en una “acción u omisión tendiente a vulnerar algún derecho fundamental al menor” (f. 46 ib.).

Finalizó disponiendo que la EPS no puede oponer la cancelación de copagos, cuotas moderadoras o de recuperación, “mientras exista prescripción médica y el menor mantenga su condición de afiliado activo”, facultando a la EPS para repetir contra el FOSYGA “por lo que legalmente le corresponda” (f. 46 ib.).

F. Impugnación.

En julio 29 de 2008, el representante legal de la EPS COLPATRIA solicitó revocar el fallo, en cuanto no tiene convenio con la “corporación especializada en Síndrome de Down”, entidad que ofrece “otros servicios adicionales a los servicios médicos... tales como educación y bienestar social, los cuales deben ser asumidos obligatoriamente por la familia” (f. 59 ib.).

G. Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, en providencia de agosto 29 de 2008, indicó que las entidades prestadoras de servicios de salud JaveSalud, CIREC y el Hospital San Ignacio, adscritas a Colpatria EPS, no cuentan con personal especializado, ni con medios técnicos para atender la “patología que padece el menor”, por tal razón, es necesario “acoger la prescripción del Dr. Ricardo Orlando J., quien después de valorar al paciente determinó que la corporación especializada en Síndrome de Down es la adecuada para tratar esta enfermedad” (f. 92 ib.).

Por consiguiente, confirmó el fallo del a quo y en la parte resolutive aclaró que la atención del infante en la corporación antes mencionada debe ir únicamente dirigida “a garantizar el tratamiento en salud requerido por el paciente, y no de educación especializada o bienestar social, pues tal y como lo adujo el recurrente, tales ítems no están a cargo del Sistema de Salud” (f. 93 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para decidir el presente asunto, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Como se sintetizó en los antecedentes, la madre de Juan Martín Torres Montañez confirió poder para interponer acción de tutela, para que Colpatria EPS autorice el requerido programa en una “corporación especializada en Síndrome de Down” y la totalidad de los “procedimientos quirúrgicos, médicos y hospitalarios” que necesite el menor.

Tercera. Protección a los niños, en especial los discapacitados. Reiteración de jurisprudencia.

Como primer aspecto a precisar, se observa que además de que cualquier persona “está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos

fundamentales del niño”¹, en este evento es la mamá y, por ende, representante legal del menor quien confirió poder para demandar la satisfacción de sus derechos fundamentales afectados.

De otra parte, esta corporación ha reiterado en múltiples pronunciamientos que los derechos de los niños, por mandato expreso de la Constitución Política (art. 44), prevalecen sobre los de los demás, por lo cual la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

También ha expresado la Corte Constitucional que el mantenimiento de la buena salud, particularmente cuando se trata de menores de edad, “es en sí mismo un derecho fundamental”, principio que fue así reiterado en la sentencia T-973 de noviembre 24 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (no está en negrilla en el texto original):

“Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente y la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas.

12.- En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente.

13.- En este ámbito, no obstante la autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran.

14.- Por otra parte, el alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido

interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales es parte el Estado colombiano. Dentro de éstos importa señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, cuyo artículo 11 prescribe que la niñez tiene ‘derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud’ y la Observación General No. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas², donde fueron definidos los elementos que comprenden el derecho a la salud, a saber: -disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad-.”

De igual forma, en sentencia T-417 de mayo 24 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis, se señaló cómo “es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda”.

Por otra parte, la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiteró que así los servicios que requieran los menores no se encuentre en el POS deben ser brindados, toda vez que los derechos de los niños son fundamentales (está en negrilla en el texto original):

“... el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’,³ debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.⁴ En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.⁵ La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).”

Así, no cabe duda que el Estado debe ofrecer protección prevaleciente a los derechos

fundamentales de los niños y es necesario que otorgue cabal ayuda efectiva, para remediar eficazmente la situación de inferioridad o desventaja.

En cuanto a menores con discapacidad, el artículo 47 de la Constitución califica a los “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” como merecedores de atención especializada, ante toda clase de novedades de salud.

Se aprecian así circunstancias que otorgan al derecho a la salud un carácter fundamental, todavía más tratándose de menores con discapacidad, a quienes el Estado tiene que brindar máxima atención, encaminada a lograr integración social y rehabilitación, hasta donde sea posible.

En la sentencia T-179 de febrero 24 de 2006, M. P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte afirmó sobre la obligación integral en salud de los niños discapacitados: “Por consiguiente, a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno).”

Obsérvese así mismo que la Declaración de los Derechos de los Impedidos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3447 (9 de diciembre de 1975), establece en sus numerales 5 y 6:

“5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible.

6. El impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; la formación y a la readaptación profesionales; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades

y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social.”

Está entonces puntualizado que la salud de los niños se erige como un derecho fundamental, y que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra obligado a ofrecer un tratamiento integral, encaminado a lograr la adaptación social del niño. En este sentido, debe ofrecerse al menor lo que esté al alcance con el fin de obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta, además, que este proceso median aspectos médicos y educativos, como ocurre en los casos de niños autistas o que padezcan Síndrome de Down.

En varios casos esta Corte ha ordenado tratamiento integral para menores discapacitados. Por ejemplo, en la sentencia T-282 de abril 6 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, se estudió un caso similar al ahora analizado. Se trataba de un menor que padecía autismo y a quien su médico tratante le había ordenado atención en una institución específica, el cual había sido negado por la EPS por considerar que se trataba de un tratamiento educativo, en el que el componente médico era mínimo. Entonces se ordenó a la EPS autorizar “a partir de lo ordenado por el médico tratante, que se inicie un tratamiento con miras a atender específicamente la enfermedad de... cuya continuidad, así como la orientación, metodología y demás características del mismo, dependerán de los resultados positivos que éste tenga en el niño según la evaluación que trimestralmente efectúe un comité especializado hasta que el menor cumpla 7 años. En adelante, el comité evaluador definirá, después de analizar el concepto del médico tratante, si el tratamiento ha de continuar y en qué condiciones”.

También en la sentencia T-518 de julio 7 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se estudió el caso de un menor a quien se le había diagnosticado autismo con discapacidad permanente, que se encontraba en tratamiento en una institución especializada gracias a un subsidio que proporcionaba la Caja de Compensación a la que se encontraba afiliado el padre del menor. El actor solicitó a la EPS continuar el tratamiento, que al ser negada la petición debió suspenderse. En esa oportunidad la Corte consideró que el comportamiento de la EPS era violatorio de los derechos fundamentales del menor y en consecuencia ordenó adoptar “las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, el médico tratante... determine la institución más idónea y especializada

para el tratamiento del autismo que padece, con el fin de lograr la educación, terapia e integración social del menor. En este sentido, si la EPS... no contara dentro de sus IPS adscritas con una Institución de idénticas calidades, especialidad e idoneidad de la Fundación..., el médico tratante deberá ordenar el tratamiento especializado en la Fundación..." (no está en negrilla en el texto original).

Como es claro, la institución debe ser idónea y estar plenamente acreditada, de manera que pueda ofrecer al menor el tratamiento apto e integral, para el manejo de la enfermedad que padece.

Cuarta. Caso concreto.

Se estudia la protección debida a un niño que actualmente tiene poco más de un año y dos meses de edad, afectado de Síndrome de Down, a quien Colpatria EPS se niega remitir a una "corporación especializada", por estar ello excluido del POS y tener finalidades adicionalmente educativas.

Se ha observado que una situación como la planteada requiere protección especial y que la negativa de suministrar al menor el tratamiento necesario para mejorar su calidad de vida, desconoce la prevalencia de sus derechos, en este caso a la vida digna y a la salud, en lo que es propio y reforzado tratándose de niños discapacitados.

Adicionalmente, la progenitora del menor afirma que no puede sufragar el tratamiento de su hijo pues su capacidad económica no se lo permite, razón por la cual solicitó a la accionada cubrir el tratamiento en la "corporación" que ordenó el médico, toda vez que lo que se busca es la atención especializada que necesita el niño. Sobre tal insolvencia, debe tenerse en cuenta lo reiterado por esta Corte en materia de prueba de una negación indefinida, que invierte la carga hacia el demandado y es éste quien deberá probar en contrario.

Así, en el presente caso la progenitora de Juan Martín Torres Montañez indicó no tener los recursos suficientes para poder asumir los gastos de su hijo en la "corporación especial", aserción no rebatida por la EPS demandada. Por el contrario, sobre la mamá del niño Torres Montañez se lee en el reporte de Cifin la ausencia de cuentas corrientes, tarjetas de crédito, cartera por servicios, o del comercio, o

hipotecarias a su nombre (fs. 36 y 37 cd. inicial), careciendo de matrícula inmobiliaria alguna en el área cubierta por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C., Zona Norte (f. 38 ib.), ni en el índice de propietarios (f. 35 ib.) y sin figurar inscrita en el Registro Único Tributario, ni con declaraciones de renta presentadas (f. 34 ib.), todo lo cual llevó al Juzgado de primera instancia a no encontrar “alternativa distinta que tener por acreditada su insolvencia económica para sufragar directamente el costo del programa integral” (f. 44 ib.).

De otra parte, se aprecia que el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá circunscribió el amparo “a garantizar el tratamiento en salud requerido por el paciente”, mas no la “educación especializada o bienestar social, pues tal y como lo adujo el recurrente, tales ítems no están a cargo del Sistema de Salud” (f. 93 ib.).

No desconociendo esta Sala de Revisión que el tratamiento en la “corporación especializada” contiene adicionales fines educativos, en virtud del principio de integralidad del sistema de seguridad social en salud y de la jurisprudencia de esta corporación referente al manejo de los niños con discapacidad, el tratamiento médico ordinario o común debe continuar dentro de las directrices que hasta ahora han sido observadas por Colpatria EPS a través de las instituciones inscritas, pero en todo caso debe agregarle, contratado con un centro especializado en la atención de quienes presentan Síndrome de Down, todos los elementos necesarios en salud, que requiera el proceso de rehabilitación integral del niño Juan Martín Torres Montañez, incluidas las terapias ocupacional, del lenguaje, física y psicológica, excluyendo lo puramente educacional común.

Es innegable que la falta de esos procedimientos afecta los reclamados derechos fundamentales del menor, que no pueden reemplazarse con otra clase de tratamiento, de forma que el manejo por una institución especializada en Síndrome de Down es la única manera de atenderlo, según prescribió el propio médico tratante, para así procurar la integración social hasta donde es posible, clarificado como está que JaveSalud, institución que integra la red externa de prestadores de servicios de salud de Colpatria EPS, no cuenta con el personal especializado, ni con los medios técnicos (f. 32 ib.), para atender al niño.

De acuerdo con el artículo 1° de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, las EPS son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS por intermedio de las IPS con las que cada una establezca convenios para el efecto. Excepcionalmente, los afiliados al régimen contributivo pueden recibir atención médica en una IPS no adscrita a la respectiva EPS, en casos como la atención de urgencias (art. 10 ib.), cuando reciban autorización expresa por parte de la EPS para un servicio específico, o cuando se encuentre demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia para suministrar un servicio a través de sus IPS (art. 14 ib.).

Las EPS tienen libertad para elegir las IPS con las que celebren convenios y el tipo de servicios que prestará cada una, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados de este régimen deben acogerse a las IPS a las que sean remitidos por sus respectivas EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones, establecida siempre la realidad de la idoneidad respectiva, con mayor razón cuando se trate de atender niños discapacitados.

Por todo lo expuesto en precedencia, es claro en el presente caso que la negativa de Colpatria EPS a contratar el tratamiento del menor Juan Martín Torres Montañez con una corporación o centro especializado en Síndrome de Down, está vulnerando los derechos fundamentales a la vida y a la salud de un niño discapacitado, que según el pediatra tratante requiere “iniciar programa especial” (f. 8 ib), que le permita rehabilitarse e integrarse socialmente, hasta donde es posible.

En consecuencia, se confirmará el fallo proferido en agosto 29 de 2008 por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, que confirmó con aclaración el dictado en julio 17 del mismo año por el Veinte Penal Municipal de esta ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por el apoderado de la mamá del menor Juan Martín Torres Montañez, contra Colpatria EPS, que a través de su representante legal o quien haga sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del fallo de primera instancia, ha debido realizar “el trámite administrativo necesario que INMEDIATAMENTE permita acceder” a dicho niño “al PROGRAMA ESPECIAL EN LA

CORPORACIÓN ESPECIALIZADA EN SÍNDROME DE DOWN, según prescripción del médico tratante”, debiendo también garantizar el tratamiento integral que el niño requiera por el referido Síndrome, sin que pueda oponerse “la cancelación de copagos, cuotas moderadoras o de recuperación, mientras exista prescripción médica” (f. 47 ib.).

Queda establecido que, como aclaró el despacho de segunda instancia al resolver la impugnación (f. 93 ib.), la atención del menor en la corporación especializada en Síndrome de Down “debe ir dirigida a garantizar el tratamiento en salud requerido por el paciente”, lo cual se entiende que incluye las necesarias terapias ocupacional, del lenguaje, física y psicológica, y excluye lo atinente a la educación común.

Finalmente, en lo que atañe a la referida repetición contra el Fosyga, se estará a lo legalmente dispuesto al efecto, pudiendo observarse lo indicado sobre este aspecto en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR, en los términos especificados en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido en agosto 29 de 2008 por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, que confirmó con aclaración el dictado en julio 17 del mismo año por el Juzgado Veinte Penal Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada en favor del niño Juan Martín Torres Montañez, contra Colpatria EPS.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con Salvamento de Voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.”

3 “Según la Constitución (art. 44), ‘son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)’. Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.”

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

5 “Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). En la sentencia T-223 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POSS.”

6 La Corte estudió el caso de menores que venían siendo atendidos por una

Institución especializada en problemas neurológicos. Sin embargo, la EPS suspendió el contrato y los niños quedaron sin la atención especial que requerían. Entonces la Corte ordenó que los médicos tratantes realizaran una evaluación, con el fin de reemplazar en forma idéntica el servicio que se les venía prestando.