

Sentencia T-231/15

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental autónomo

La jurisprudencia constitucional le ha otorgado a los niños una protección especial en el ordenamiento jurídico, razón por la cual corresponde a las diferentes esferas del Estado, incluida la familia, la sociedad y los particulares que prestan el servicio público de salud, garantizar el goce efectivo del mismo y el desarrollo integral, físico y moral de los menores.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Protección constitucional

Tratándose de niños en situación de discapacidad, la protección constitucional es reforzada, asegurando un tratamiento preferencial, por lo cual la garantía al derecho a la salud se amplía aun cuando el tratamiento o medicamento requerido no este contemplado en el Plan Obligatorio de Salud.

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Criterios constitucionales para acceder a servicios no POS

La jurisprudencia constitucional ha dispuesto reglas para la inaplicación de las disposiciones del POS, como son: i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, iv) la ausencia de dichos medicamentos pone en riesgo la vida digna e integridad del paciente.

APLICACION DEL CRITERIO DE NECESIDAD COMO GARANTIA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD-Se requiere orden de médico tratante

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS POR PARTE DEL USUARIO Y DERECHO DE LA EPS A ESCOGER CON QUE IPS CONTRATAR-No es absoluto

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

Respecto al derecho de los afiliados de elegir libremente la IPS donde quieren recibir los servicios médicos, esta Corporación ha sido enfática en que se garantiza dicha libertad siempre y cuando la IPS solicitada haga parte de la red de prestadoras de servicio vinculadas a la entidad promotora de salud correspondiente. No obstante, consideró que “el paciente podrá acceder a una IPS externa cuando demuestre “la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS”. Por su parte las EPS, pueden conformar libremente su red de instituciones prestadoras de salud sin que deba atender las preferencias de sus afiliados. Pero, este derecho no es absoluto pues se encuentra limitado a que las IPS vinculadas garanticen integralmente la prestación del servicio de salud de los pacientes.”

DERECHO AL DIAGNOSTICO DEL MENOR-Orden a EPS valorar estado de salud de menor y establecer el tratamiento pertinente a seguir para su rehabilitación

Referencia: Expediente T-4.710.114

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Primer Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla del 24 de julio de 2014 que confirmó la Sentencia del Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla del 15 de mayo de 2014 que negó el amparo.

Accionante: Nafer Enrique León Martínez en representación de Anderson León Niebles.

Accionados: Salud Total EPS y la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela[1].

1.1. Elementos y pretensión.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: protección a las personas en condición de discapacidad, libre desarrollo de la personalidad, petición y derechos de los niños.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: la negativa por parte de Salud Total EPS de brindar tratamiento de rehabilitación integral conjunto a favor del menor Anderson León Niebles en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos, institución donde el niño viene recibiendo terapias hace algún tiempo; argumentando que la misma no hace parte de la red de IPS adscritas a la entidad y que la prescripción del tratamiento solicitado no fue expedido por un médico adscrito a la EPS.

1.1.3. Pretensiones: ordenar a la EPS accionada, remitir al menor Anderson León Niebles al Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos para continuar con el tratamiento de rehabilitación integral a su patología, que venía recibiendo en dicha institución.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El señor Nafer Enrique León Martínez se encuentra afiliado a Salud Total EPS seccional Atlántico desde septiembre de 2003. Dentro de su grupo de beneficiarios figura su hijo menor de edad Anderson León Niebles[2].

1.2.2. El niño Anderson León Niebles de 14 años de edad[3], fue diagnosticado con discapacidad cognitiva, retardo mental, deterioro de comportamiento y Síndrome de Prader Willi[4].

1.2.3. Como consecuencia de su patología, el señor León Martínez con recursos propios inscribió a su hijo en el Centro de Rehabilitación IPS Creciendo Juntos con el fin de que recibiera tratamiento de rehabilitación integral y educación especializada desde el año 2012[5].

1.2.4. Asegura el accionante que el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos es la institución adecuada para el tratamiento de su hijo, pues cuenta con un equipo de especialistas en neurodesarrollo, fonoaudiología, psicología, fisioterapia, terapia ocupacional y educación especial que le permite al menor el libre desarrollo de su personalidad, adquiriendo destreza y habilidad para manejarse por sí solo[6].

1.2.5. De igual forma, el actor afirma que si bien al menor se le ha brindado tratamiento médico con terapias “de consultorio en consultorio” por parte de la EPS accionada, lo que realmente requiere su hijo es un tratamiento de rehabilitación integral como el que ha venido recibiendo en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos, especial para niños con discapacidad[7].

1.2.6. Finalmente, manifiesta el señor León Martínez que actualmente no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar el costo del tratamiento integral de su hijo en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos[8].

2. Respuestas de las entidades accionadas.

2.1. Salud Total EPS[9].

Solicitó declarar la improcedencia de la presente acción. Aseguró que hasta la fecha han sido ordenadas las terapias físicas, ocupacionales, de lenguaje, servicios de psiquiatría, neuropsicología, pediatría y oftalmología requeridos por el menor a cargo de la EPS. Así mismo, manifestó que la entidad cuenta con un grupo de profesionales adscritos a su red para el tratamiento de la patología que presenta el menor quienes en ningún momento han considerado pertinente la implementación de terapias conductuales tipo comportamentales, equinoterapia, musicoterapia y acuaterapia, no obstante si se ha realizado un plan terapéutico sin que los responsables del niño den continuidad a las citas de control con los especialistas.

Por otro lado, consideró que la evaluación efectuada en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos correspondió a un grupo de profesionales de la salud no médicos como un psicólogo, fisioterapeuta, fonoaudiólogo y terapeuta psicomotriz y que es el médico tratante la persona idónea para establecer un plan terapéutico.

Finalmente, afirmó que el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos no hace parte de las IPS adscritas a la red de servicios de la entidad y por ende las recomendaciones prescritas por dichos profesionales tampoco los vinculan. Recalcó la imposibilidad del juez constitucional de ordenar la realización de tratamientos médicos pues dicha tarea corresponde al médico tratante adscrito a la entidad encargada de prestar el servicio de salud. Así como recordó que el derecho a la libre escogencia de IPS se limita a las instituciones adscritas a la red de la entidad por lo que no se evidencia vulneración ni amenaza de los derechos del menor.

2.2. Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla[10].

Solicitó abstenerse de proferir pronunciamiento en su contra por carecer de legitimación en la causa por pasiva. Hizo referencia a diferentes decisiones jurisprudenciales donde se ordena a las entidades promotoras de salud asumir las terapias ABA requeridas por sus afiliados, aun cuando las mismas contienen un componente educativo, en virtud del principio de integralidad y de que dichos tratamientos deben ser ejecutados por personal médico experto y capacitado.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

3.1. Sentencia del Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, del 15 de mayo de 2014[11].

Negó. Consideró que por regla general quien es competente para determinar cuando alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, que jurisprudencialmente ha sido reconocido como el galeno adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, no obstante se han establecido una serie de excepciones a dicha regla.

Aseguró que en el caso bajo estudio el médico que ordenó el tratamiento solicitado por el actor no está adscrito a la entidad, ni se configuran las excepciones jurisprudenciales. Lo

anterior, en el entendido de que no se acreditó que la EPS accionada tuviera conocimiento de la opinión médica expedida por el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos ni la oportunidad de desvirtuarla con base en información científica.

Por último, manifestó que si bien existe copia del formato de solicitud y justificación de Comité Técnico Científico solamente se registraron los datos del menor sin constancia de estudio o recibido por parte de la accionada que acredite su conocimiento.

3.2. Impugnación[12].

El 22 de mayo de 2014, la parte accionante allegó escrito de impugnación en el que solicitó que fuera revocada la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

Aseguró que en la historia clínica del menor se evidencia la patología que presenta, la cual es ampliamente reconocida por diferentes médicos, así como el dictamen de pérdida de capacidad del 50.40% expedido por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez y certificación del Instituto Colombiano de Neuropedagogía que acredita que el niño debe recibir educación especial.

Manifestó que en el expediente obra prueba de que el Comité Técnico Científico realizó la descripción del caso clínico a cargo del doctor Carlos Sivera Redondo quien se encuentra adscrito a la red de la EPS accionada.

Así mismo, adujo que en el expediente reposa orden de terapia ocupacional, fonoaudiología, psicología y genética por lo que el menor requiere continuar con el tratamiento que se la ha venido suministrando en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos. Para terminar, hizo alusión a la protección constitucional especial de la que son beneficiarios los menores en condición de discapacidad de donde se deriva su derecho a recibir un tratamiento de rehabilitación integral y adjuntó copia del fallo proferido por el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla del 19 de abril de 2013 donde se ordenó a Saludcoop EPS autorizar el tratamiento requerido por otro menor en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos.

3.3. Sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla del 24 de julio de 2014[13].

Confirmó. Manifestó que aun cuando se encuentra plenamente probada la patología del menor y la necesidad de tratamiento de rehabilitación de tipo interdisciplinario para el desarrollo de las terapias del plan a seguir, no existe pronunciamiento del médico tratante o especialista adscrito a la red o particular que disponga u ordene tratamiento específico, periodicidad, cantidad y especialidad. Así como tampoco obra prueba del proceder de los representantes del niño con la remisión a la Secretaría de Salud preceptuada por el médico en el 2009, ni orden medica sometida a consideración de la EPS para emitir órdenes, o de la negación del servicio requerido.

De igual forma, hizo énfasis en la imposibilidad del juez constitucional de ordenar tratamientos o procedimientos médico-asistenciales por no ser el órgano idóneo para determinar dicha clase de indicaciones.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[14].

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la protección a las personas en condición de discapacidad, libre desarrollo de la personalidad, petición y derechos de los niños (Arts. 16, 23, 44 C.P).

2.2. Legitimación activa. La señora Luisa María Ahumada Castañeda, se encuentra legitimada para actuar como apoderada del señor Nafer Enrique León Martínez[15]; quien a su vez actúa como representante legal de su hijo menor de edad Anderson León Niebles titular de los derechos invocados en la presente acción.

2.3. Legitimación pasiva. La entidad promotora de salud como entidad particular encargada de la prestación del servicio de salud, a la que se encuentra afiliado el accionante y la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla como autoridad pública, son demandables vía de tutela de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

2.4. Inmediatez. Si bien, el artículo 86 Superior, no establece un término de caducidad o prescripción para la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en virtud de las particularidades de cada caso en concreto debe existir un período de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante hasta la fecha de interposición de la acción[16]. Lo anterior, debido a la finalidad de protección inmediata de derechos fundamentales.

Según el accionante, Salud Total EPS se negó a continuar brindando el tratamiento integral requerido por Anderson León Niebles en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos bajo el argumento de no ser una institución adscrita a la red de servicios de la entidad y no contar con orden del médico tratante adscrito a la misma. De esta forma, el 11 de abril de 2014 el señor Nafer Enrique León Martínez en representación de su hijo menor de edad interpuso acción de tutela en contra de la mencionada EPS por la vulneración de los derechos a la protección a las personas en condición de discapacidad, libre desarrollo de la personalidad, petición y derechos de los niños.

Así las cosas, la conducta que genera la presunta vulneración es actual, por lo tanto el requisito de inmediatez esta cumplido.

2.5. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa.

No obstante, esta Corporación ha reconocido tres situaciones en donde la acción de tutela resultará procedente, aun cuando exista otro mecanismo de protección:

“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”[17].

En el presente caso, se encuentra en juego los derechos fundamentales de Anderson León Niebles quien goza de especial protección constitucional por ser menor de edad. Adicionalmente, se trata de un niño en condición de discapacidad por padecer retardo mental, deterioro de comportamiento y Síndrome de Prader Willi, lo que incrementa su estado de vulnerabilidad y determina la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo definitivo, idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, aun cuando exista otro medio de defensa.

3. Problema Jurídico.

De conformidad con los antecedentes planteados, corresponde a la Sala determinar si: ¿vulnera Salud Total EPS los derechos a la protección especial a las personas en condición de discapacidad, libre desarrollo de la personalidad, petición y derechos de los niños del menor Anderson León Niebles al negarse a brindar el tratamiento integral compuesto por terapias regulares (fonoaudiología, terapia ocupacional y fisioterapia) y terapias complementarias (equinoterapia, acuaterapia y musicoterapia) requeridas por el niño en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos, institución donde viene recibiendo tratamiento desde el año 2012, argumentando que la misma no hace parte de la red de IPS adscritas a la entidad y que la prescripción del tratamiento solicitado no corresponde a un médico adscrito a dicha EPS?

4. Vulneración del derecho fundamental a la salud de los niños.

La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional han reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo y, tratándose de niños, el artículo 44 de la Carta establece que los derechos de los menores prevalecen sobre los demás, por lo cual es deber de la familia, la sociedad y el Estado asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el goce pleno de sus derechos.

Además, el artículo 47 dispone que aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta merecen una atención especializada, así, es responsabilidad del Estado adelantar políticas públicas tendientes a la “previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

De acuerdo a los tratados internacionales ratificados por Colombia, tales como el Protocolo Adicional de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de DESC, el Pacto Internacional de DESC[18], entre otros. La Convención sobre los Derechos del Niño consagra como obligación de los Estados parte el respeto a los derechos de los menores, sin distinción alguna de la raza, idioma, origen étnico o impedimentos físicos (artículo 2), al mismo tiempo que impone en todas las instituciones públicas y privadas el deber garantizar el bienestar y los derechos de los niños (artículos 3 y 4).

Además, la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación” estableció en el artículo 18 como responsabilidad del Ministerio de Protección Social, de Educación y las entidades promotoras de salud –en lo concerniente con los tratamientos incluidos en el POS-, establecer mecanismos para que aquellos que tengan limitaciones físicas cuenten “con programas y servicios de rehabilitación integral, en términos de readaptación funcional, rehabilitación profesional y para que en general cuenten con los instrumentos que les permitan autorrealizarse, cambiar la calidad de sus vidas y a intervenir en su ambiente inmediato y en la sociedad”.

La Ley Estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, entiende por una persona en situación de discapacidad, “aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” De esta forma, establece obligaciones a cargo de la sociedad, la familia, las EPS y el Estado para la rehabilitación integral, inclusión social y medidas respecto al derecho a la salud.

En el artículo 7 numeral 4, imponen en cabeza del Gobierno Nacional y demás entidades la garantía del servicio de habilitación y rehabilitación integral[19] de los niños y niñas en situación de discapacidad, “de manera que en todo tiempo puedan gozar de sus derechos y estructurar y mantener mecanismos de orientación y apoyo a sus familias.”

El artículo 10 numeral 2 establece que las entidades prestadoras de servicios de salud deberán “eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo,

que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad”.

De igual forma, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 11 reafirmó la condición de sujetos de especial protección constitucional a los niños, niñas y adolescentes, haciendo énfasis en que “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.”

El Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 27 estableció que “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”.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional le ha otorgado a los niños una protección especial en el ordenamiento jurídico, razón por la cual corresponde a las diferentes esferas del Estado, incluida la familia, la sociedad y los particulares que prestan el servicio público de salud, garantizar el goce efectivo del mismo y el desarrollo integral, físico y moral de los menores. Tal como lo señaló la sentencia SU-225 de 1998:

“En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. Art. 44).”

El derecho a la salud ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como “la facultad que tienen todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”[20]. Siendo obligación del

Estado promover y proteger el derecho a la salud de los individuos, en aras de que estos lleven una vida en condiciones de dignidad y que requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando sus derechos se encuentren amenazados o vulnerados.

En este orden de ideas, tratándose de niños en situación de discapacidad, la protección constitucional es reforzada[21], asegurando un tratamiento preferencial, por lo cual la garantía al derecho a la salud se amplía aun cuando el tratamiento o medicamento requerido no este contemplado en el Plan Obligatorio de Salud[22], habiéndose reconocido por esta Corporación que:

“Así pues, el retardo mental constituye una condición de debilidad manifiesta que, desde la perspectiva constitucional, exige que la persona afectada sea objeto de medidas de protección especiales. Por lo anterior, cuando alguien que padece retardo mental encuentra afectada su salud física y acude a solicitar atención ante la entidad de seguridad social a la que se encuentra afiliado y de quien legalmente puede demandar protección, ésta debe dispensarle un tratamiento preferencial. Preferencia que se concreta en el derecho a reclamar aquella atención que requiera para reestablecer su salud física, independientemente de si la prestación se encuentra o no incluida en el Plan obligatorio de salud que le corresponda[23].”

5. Presupuestos jurisprudenciales para acceder a los servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.

La jurisprudencia constitucional ha dispuesto reglas para la inaplicación de las disposiciones del POS, como son: i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, iv) la ausencia de dichos medicamentos pone en riesgo la vida digna e integridad del paciente[24].

En este sentido, el juez constitucional puede aplicar directamente la Constitución Política y ordenar el suministro de una prestación médica no incluidas en el POS, cuando se verifica:

“a. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal;

b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;

c. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo;

d. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico[25].”

6. Criterio de necesidad como garantía de accesibilidad a los servicios de salud.

Existen ciertos casos donde los afiliados acuden a la entidad promotora de salud a la que se encuentran afiliados con el fin de que la misma autorice el suministro de medicamentos, insumos o procedimientos considerados necesarios para el restablecimiento de su estado de salud. Para esta clase de eventos la jurisprudencia constitucional ha establecido que “el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad, es que exista orden médica autorizando el servicio. (...) el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente.”[26] De modo que, en la medida que exista dicha prescripción médica la entidad se encuentra obligada a autorizarlo aun cuando se esté o no incluido en el POS.

En cuanto a la calidad del médico tratante; por regla general quien se encuentra legitimado para expedir ordenes médicas, se trata del profesional adscrito a la entidad promotora de salud, sin embargo el Tribunal Constitucional aseguró que “una entidad promotora de salud se encuentra obligada a garantizar la cobertura de un tratamiento prescrito por un médico externo cuando se verifique que: (i) se valoró inadecuadamente a la persona o porque (ii) ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión, es decir, cuando el concepto del médico externo se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, lo que

indica mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica externa debe ser tenida en cuenta por la EPS (iii) si en el pasado ha valorado y aceptado los conceptos del médico externo como médico tratante o cuando (iv) no se opone y guarda silencio cuando tuvo conocimiento del concepto del médico externo.”[27]

Por otro lado, con el ánimo de proteger el derecho a la salud de quienes no cuentan con la orden médica expedida por el médico tratante donde prescriba los servicios solicitados a la entidad, “ la Corte ha señalado que una faceta del derecho fundamental a la salud es el derecho al diagnóstico; de acuerdo con éste, todos los usuarios del Sistema de Salud tiene derecho a que la entidad de salud responsable, les realice las valoraciones médicas tendientes a determinar si un servicio médico, por ellos solicitados, y que no ha sido ordenado por el médico o especialista tratante, debe ser autorizado o no.”[28]

Teniendo en cuenta lo anterior, en la sentencia T-449 de 2014 la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional fijó como regla de la decisión que “se amparan los derechos fundamentales a la vida digna y la salud cuando un menor en situación de discapacidad requiere con necesidad un tratamiento médico que permite reestablecer su desarrollo integral y se cumplen con los demás requisitos jurisprudenciales para inaplicar las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud.”

7. Derecho a la libre escogencia de IPS. Reiteración de jurisprudencia.

Respecto al derecho de los afiliados de elegir libremente la IPS donde quieren recibir los servicios médicos, esta Corporación ha sido enfática en que se garantiza dicha libertad siempre y cuando la IPS solicitada haga parte de la red de prestadoras de servicio vinculadas a la entidad promotora de salud correspondiente. No obstante, consideró que “el paciente podrá acceder a una IPS externa cuando demuestre “la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS”. Por su parte las EPS, pueden conformar libremente su red de instituciones prestadoras de salud sin que deba atender las preferencias de sus afiliados. Pero, este derecho no es absoluto pues se encuentra limitado a que las IPS vinculadas garanticen integralmente la prestación del servicio de salud de los pacientes.”[29]

8. Caso concreto.

El señor Nafer Enrique León Martínez en representación legal de su hijo menor de edad Anderson León Niebles interpuso acción de tutela en contra de Salud Total EPS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la protección especial a las personas en condición de discapacidad, libre desarrollo de la personalidad, petición y derechos de los niños al negarse a prestar el tratamiento integral compuesto por terapias regulares (fonoaudiología, terapia ocupacional y fisioterapia) y terapias complementarias (equinoterapia, acuaterapia y musicoterapia) requeridas por el niño en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos, institución donde viene recibiendo tratamiento desde el año 2012, argumentando que la misma no hace parte de la red de IPS adscritas a la entidad y que la prescripción del tratamiento solicitado no corresponde a un médico adscrito a dicha EPS.

Anderson León Niebles de 14 años de edad padece discapacidad cognitiva, retardo mental, deterioro de comportamiento y Síndrome de Prader Willi. Él goza de protección especial reforzada por ser menor de edad cuyos derechos de acuerdo al artículo 44 de la Constitución Política tienen carácter prevalente en nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, en virtud de su discapacidad es sujeto de atención especializada por parte de su familia, EPS y Estado quienes tienen la obligación de rehabilitación integral, inclusión social y a adoptar medidas respecto a su derecho a la salud.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que las terapias solicitadas por el accionante no hacen parte del POS, al estudiar los requisitos establecidos por la jurisprudencia para inaplicar las disposiciones relativas al Plan Obligatorio de Salud, esta Sala encontró que:

(i) la falta de autorización y suministro del tratamiento de rehabilitación requerido por el menor puede afectar o vulnerar su derecho a la salud, vida digna e integridad personal, pues de acuerdo a la patología que este padece, la cual se encuentra plenamente probada, la falta de tratamiento puede deteriorar el estado de salud del niño o evitar que el mismo presente mejoría alguna lo que sin lugar a dudas repercute directamente en su calidad de vida. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el expediente obra prueba de la mejoría que ha reportado el niño al recibir el tratamiento integral a su patología, además de las recomendaciones de continuar con el mismo;

(ii) las terapias requeridas por el menor no cuentan con sustitutos dentro del POS;

(iii) el accionante manifestó que si bien es él quien ha venido asumiendo los gastos del tratamiento integral de su hijo, actualmente no cuenta con los recursos económicos suficientes. Afirmación que no fue desvirtuada por la EPS accionada, se corroboró que el señor León Martínez se desempeña como conductor, su esposa se dedica a las labores del hogar y sus cuatro hijos dependen económicamente de él;

(iv) finalmente, no se evidencia orden expedida por el médico tratante adscrito a la entidad que recomiende el suministro de las terapias referenciadas por el actor. Así, en principio podría afirmarse que no se cumplen los requisitos consagrados para acceder a servicios no POS.

En cuanto a este último punto, reposa en el expediente orden médica proferida por un médico externo quien el accionante reconoce como el galeno tratante de su hijo donde se prescribe la pertinencia de los servicios de salud ya mencionados con el fin de restablecer el estado de salud de Anderson León Niebles, razón por la cual a la luz de la jurisprudencia constitucional se trata de servicios médicos necesarios teniendo en cuenta que efectivamente existe una orden médica que los recomienda y el beneficiario es menor de edad en estado de debilidad manifiesta conforme a su discapacidad.

Sin desconocer la necesidad de los servicios solicitados, al verificar el cumplimiento de las condiciones reconocidas por la jurisprudencia para que la orden proferida por un médico externo sea vinculante para la entidad, la Sala consideró que: no es posible determinar que se trate de un caso de valoración médica inadecuada o no se hubiese sometido a valoración alguna pues además de que el accionante no hace referencia a ninguna de estas dos situaciones, la entidad accionada en su escrito de contestación manifestó que si bien el menor ha sido atendido por los médicos adscritos a la misma estos han establecido un plan terapéutico donde no se incluyen las terapias referenciadas por el accionante. De igual forma, no existe prueba de que en situaciones anteriores la EPS accionada hubiese aceptado las órdenes o recomendaciones emitidas por médicos externos en calidad de médico tratante del paciente. Respecto a la oposición o silencio de la entidad cuando tuvo conocimiento del concepto médico expedido por el galeno externo; efectivamente la entidad no se pronunció al respecto, sin embargo tal como lo manifestó la accionada, no es posible evidenciar prueba alguna que acredite su conocimiento pues no existió comunicación de la misma por parte del accionante y debido a que era el señor León

Martínez quien asumía el costo del tratamiento en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos no es posible afirmar que Salud Total EPS lo conocía.

De igual forma, aun cuando en el expediente reposa solicitud de Comité Técnico Científico, éste no se encuentra cotejado, por lo que en este caso mal haría la Sala al afirmar que la EPS accionada conocía el concepto expedido por el médico externo que por obvias razones no controversió.

Por otro lado, ante la solicitud del señor Nafer Enrique León Martínez de que Salud Total EPS continuara brindando tratamiento de rehabilitación integral a favor del menor Anderson León Niebles en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos, institución donde se encuentra matriculado desde el año 2012 y que hasta la fecha ha reportado mejoría en el estado de salud del menor, esta Sala encuentra que dicha IPS no hace parte de la red vinculada a la entidad accionada, razón por la cual en principio no tendría la obligación de acceder a la pretensión del accionante.

Así mismo, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha considerado que en aquellos casos donde se pruebe la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS, el paciente podrá acceder a una IPS externa, en el caso bajo estudio dichas circunstancias no fueron alegadas por el actor, de hecho, la accionada manifestó que cuenta con un grupo de médicos adscritos aptos para tratar la patología del menor sin que hasta el momento se hayan considerado necesarias las terapias solicitadas por el señor León Martínez y que de requerirlo cuentan con IPS adscritas a la entidad capaces de brindar el tratamiento de rehabilitación adecuado para el menor.

Respecto al principio de continuidad en la prestación del servicio, si bien es cierto que desde el año 2012 el menor se encontraba recibiendo tratamiento integral a su patología en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos, no es posible determinar que en el caso concreto la interrupción o suspensión del servicio obedezca a una causa injustificada por parte de la entidad, ya que como se ha mencionado previamente, por decisión propia era el accionante quien estaba asumiendo la integridad de los costos del mismo en la IPS en referencia sin que mediara orden médica que lo prescribiera, conocimiento ni autorización por parte de Salud Total EPS. Así las cosas, la interrupción del

servicio de salud es producto de la imposibilidad de pago del actor, causa inimputable a la entidad promotora de salud.

Con el fin de salvaguardar el derecho a la salud del menor Anderson León Niebles y la protección especial de la cual es beneficiario, la Sala Segunda de Revisión considera que debido a que su patología se encuentra plenamente probada sin que esta Corporación sea competente para determinar el tratamiento a seguir, se amparará el derecho al diagnóstico del menor, ordenando a Salud Total EPS que valore de forma integral las condiciones de salud del niño, estableciendo el tratamiento de rehabilitación adecuado, y expidiendo las autorizaciones necesarias para el suministro de medicamentos o procedimientos médicos requeridos sin importar que se encuentren o no incluidos en el POS. Adicionalmente, de considerar necesarias las terapias solicitadas por el actor en esta acción de tutela remitirlo de forma inmediata a una de las IPS adscritas a la entidad promotora de salud.

Finalmente, se advertirá a la entidad accionada que en caso de que se acredite que la IPS adscrita a su red de vinculadas no garantiza integralmente la prestación del servicio, la entidad deberá autorizar el tratamiento del menor Anderson León Niebles en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos.

III. CONCLUSIONES

1. Síntesis del caso. El señor Nafer Enrique León Martínez en representación legal de su hijo menor de edad Anderson León Niebles interpuso acción de tutela en contra de Salud Total EPS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la protección especial a las personas en condición de discapacidad, libre desarrollo de la personalidad, petición y derechos de los niños al negarse a continuar brindando el tratamiento integral compuesto por terapias regulares (fonoaudiología, terapia ocupacional y fisioterapia) y terapias complementarias (equinoterapia, acuaterapia y musicoterapia) requeridas por el niño en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos, institución donde viene recibiendo tratamiento desde el año 2012, argumentando que la misma no hace parte de la red de IPS adscritas a la entidad y que la prescripción del tratamiento solicitado no corresponde a un médico adscrito a dicha EPS.

Aun cuando se trata de un sujeto de protección especial reforzada en virtud de su minoría de edad y condición de discapacidad, en este caso no se cumplen los presupuestos

establecidos por la jurisprudencia para inaplicar las reglas del POS pues no obra orden médica que prescriba los servicios solicitados por el accionante expedida por un médico tratante adscrito a la entidad; y no se acredita una inadecuada o ausencia de valoración médica ni conocimiento por parte de la entidad accionada de la orden proferida por el médico externo, motivo por el cual no fue controvertida por la misma. Así, la prescripción médica externa aportada por el accionante no resulta vinculante para la entidad.

En cuanto a la continuidad del tratamiento de rehabilitación del menor en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos, la Sala consideró que debido a que dicha IPS efectivamente no hace parte de la red adscrita a Salud Total EPS y en ningún momento se evidencia que en caso de requerir las terapias en referencia las IPS adscritas a la misma no garanticen integralmente la prestación del servicio, no existen razones suficientes para obligar a la entidad a brindar el tratamiento solicitado por el accionante en una IPS externa. Por otro lado, no fue posible determinar que la interrupción del servicio obedeció a una causa injustificada por parte de la entidad, ya que como se ha mencionado previamente, por decisión propia era el accionante quien estaba asumiendo la integridad de los costos del mismo en la IPS en referencia sin que mediara orden médica que lo prescribiera, conocimiento ni autorización por parte de Salud Total EPS. De modo que se trata de una causa inimputable a la entidad promotora de salud.

No obstante lo anterior, en aras de salvaguardar la salud e integridad de Anderson León Niebles, se amparará el derecho al diagnóstico del menor, ordenando a Salud Total EPS que valore de forma integral las condiciones de salud del niño, estableciendo el tratamiento de rehabilitación adecuado, expidiendo las autorizaciones necesarias para el suministro de medicamentos o procedimientos médicos requeridos sin importar que se encuentren o no incluidos en el POS. Adicionalmente, de considerar necesarias las terapias solicitadas por el actor en esta acción de tutela remitirlo de forma inmediata a una de las IPS adscritas a la entidad promotora de salud.

Finalmente, se advertirá a la entidad accionada que en caso de que se acredite que la IPS adscrita a su red de vinculadas no garantice integralmente la prestación del servicio, la entidad deberá autorizar el tratamiento del menor Anderson León Niebles en el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos.

2. Razón de la decisión.

Se amparan el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, cuando existe una orden médica de un galeno particular, determinando que un menor de edad requiere con necesidad un tratamiento médico que permite reestablecer su desarrollo integral. En estos casos, le corresponde a la EPS desvirtuar dicha prescripción, previo estudio del caso por el Comité correspondiente.

IV. DECISIÓN.

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la providencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla del 24 de julio de 2014 que confirmó la providencia del 15 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, que negó el amparo solicitado por el señor Nafer Enrique León Martínez, y en su lugar, CONCEDER la tutela del derecho a la salud en fase de diagnóstico del menor Anderson León Niebles.

SEGUNDO.- ORDENAR a Salud Total EPS que en el término máximo de cuarentaiocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a valorar integralmente el estado de salud del menor Anderson León Niebles, establezca el tratamiento pertinente a seguir para su rehabilitación, expida las autorizaciones necesarias para el suministro de medicamentos o procedimientos médicos requeridos, sin importar que se encuentren o no incluidos en el POS y de considerar necesarias las terapias regulares (fonoaudiología, terapia ocupacional y fisioterapia) y terapias complementarias (equinoterapia, acuaterapia y musicoterapia), remitirlo de forma inmediata a una de las IPS adscritas a la entidad promotora de salud.

TERCERO.- ADVERTIR a Salud Total EPS que solo en caso de que el concepto del médico adscrito a esta EPS, demuestre que la IPS adscrita a su red de vinculadas donde el menor pueda recibir el tratamiento no garantice integralmente la prestación del servicio, la entidad

deberá autorizar el tratamiento del menor Anderson León Niebles en el el Centro de Rehabilitación y Educación IPS Creciendo Juntos.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General

[1] Acción de tutela presentada el 11 de abril de 2014 (Folios 1-61).

[2] Folio 12.

[3] Folio 13.

[4] Historia Clínica (fls.19-61).

[5] Así lo manifiesta el accionante en el escrito de tutela.

[6] Así lo manifiesta el accionante en el escrito de tutela.

[7] Así lo manifiesta el accionante en el escrito de tutela.

[8] Así lo manifiesta el accionante en el escrito de tutela.

[9] Folios 67 a 84.

[10] Folios 96 a 120.

[11] Folios 121 a 137.

[12] Folios 142 a 155.

[13] Folios 163 a 165.

[14] En Auto del veintisiete (27) de enero de 2015 la Sala de Selección de tutela Número Uno de la Corte Constitucional, dispuso la revisión de la providencia en cuestión y procedió a su reparto.

[15] Poder para actuar. (Folio 10).

[16] Sentencia T-584 de 2011.

[17] Sentencia T-185 de 2007.

[18] Que entró en vigor en Colombia en 1968.

[19] El artículo 1º de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 define la rehabilitación funcional como: “proceso de acciones médicas y terapéuticas, encaminadas a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que les posibilite modificar su propia vida y ser más independientes.” A su vez, define como rehabilitación integral, el “mejoramiento de la calidad de vida y la plena integración de la persona con discapacidad al medio familiar, social y ocupacional, a través de procesos terapéuticos, educativos y formativos que se brindan acorde al tipo de discapacidad.”

[20] Sentencias T-597 de 1993, T-361 de 2007, T-407 de 2008.

[21] Sentencias: T-127 de 2007, T-1054 de 2008, T-650 de 2009, T-855 de 2010, T-974 de 2010, T-371 de 2010, entre otras.

[22] Sentencias T-1211 de 2003, T-986 de 2006, T-695 de 2007, T-443 de 2004, T-650 de 2009, T-973 de 2006, T-840 de 2007 y T-855 de 2010, entre otras.

[23] Sentencia T-478 de 2008.

[24] Sentencia T-523 de 2011.

[25] Sentencia T-970 de 2010.

[26] Sentencia T-023 de 2013.

[27] Sentencia T-268 de 2014.

[28] Sentencia T-023 de 2013.