

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental

PRESTACION DE TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS-Reiteración de jurisprudencia/PRESTACION DE TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS- La EPS no está autorizada a rechazar de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad

Se colige que el requisito según el cual, el procedimiento o medicamento, que no está incluido en el plan obligatorio de salud ha debido ser prescrito por el médico tratante, tiene una excepción. La EPS no está autorizada a rechazar, de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas y técnicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado. E incluso, si desconoce esta obligación y no explica las razones por las cuales se ha denegado determinada opinión médica, este criterio del médico particular le será vinculante.

PRESTACION DE TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS-Requisitos que deben concurrir conforme a la sentencia T-760/08 para ordenar un medicamento o tratamiento no incluido en el POS

Respecto al tratamiento de cámara Hiperbárica es oportuno indicar que este procedimiento no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de salud. Según la jurisprudencia constitucional, en particular la T-760 de 2008, para ordenar un medicamento o tratamiento no incluido en el plan obligatorio de salud deben concurrir los siguientes requisitos: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza, se reitera, los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentre autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Caso de menor de edad que le fue prescrito tratamiento en cámara hiperbárica por médico no adscrito a la EPS

Respecto de la última regla que indica que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, se recuerda que la misma no es absoluta. De la jurisprudencia constitucional reseñada se colige que la EPS no está autorizada a rechazar sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad, pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado. E incluso, como se ha dicho, si desconoce esta obligación y no explica las razones por las cuales se ha denegado determinada opinión médica, este criterio del médico particular le será vinculante. Los jueces de tutela y la entidad promotora de salud omitieron esta regla jurisprudencial con las posturas asumidas, pues alegaron que el tratamiento de cámara hiperbárica no fue prescrito por el médico tratante.

Referencia: expediente T-2520448. Acción de tutela instaurada por Wilmar Arango Castaño en representación de su menor hija Camila Arango Pineda contra Saludcoop EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, DC., once (11) de mayo de dos mil diez (2010).

SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Penal para adolescentes con función de conocimiento de Pereira- Risaralda, el veintisiete (27) de noviembre de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela iniciada por Wilmar Arango Castaño en representación de su menor hija Camila Arango Pineda contra Saludcoop EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. María Camila Arango Pineda nació el 23 de octubre de 2005 en Pereira, Risaralda. Según la

entidad demandada, “la menor es diagnosticada con hipoxia perinatal con desmielinización cerebral, aminoaciduria y reflujo gastroesofágico, en seguimiento de pediatría por cirugía de megacolon. A su vez registra seguimiento por otorrinolaringología por otomastoiditis la cual se trató con miringocentesis y antibiótico de amplio espectro. Presenta retraso psicomotor global sin etiología con compromiso del colon en manejo de cirugía pediátrica, con sondeo rectal diario. Padece de distrofia muscular con displasia cerebro ocular, con compromiso del sistema nervioso y enfermedad de hirschprung.(...)”. La niña María Camila se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a través de Saludcoop EPS, en calidad de beneficiaria, desde el 11 de septiembre de 2005.

2. La familia de la menor ha interpuesto tres acciones de tutela para salvaguardar sus derechos, los cuales han sido protegidos en las tres ocasiones. El 27 de junio de 2006 el Juzgado Penal Municipal de Descongestión de Pereira-Risaralda tuteló los derechos invocados por Eliana Maria Arango, en representación de su menor hija Maria Camila Arango Pineda. En consecuencia, ordenó la entrega del medicamento Harmetone a la menor durante el tiempo que el médico tratante lo considere necesario. De igual manera, autorizó a Saludcoop EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, Fosyga.

3. La segunda acción de tutela que interpuso la familia en beneficio de la menor fue decidida el 10 de enero de 2007, por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Control de Garantías de Pereira -Risaralda. En dicha providencia se ordenó a Saludcoop que “proceda a AUTORIZAR Y ENTREGAR a la titular de la acción de los medicamentos “TRILEPTAL, WINTOMYLN, KID CAL, ZANTAC Y HARMETONE, VACUNAS ACELULARES Y TRATAMIENTOS TERAPÉUTICOS hasta tanto sus médicos dispongan lo contrario, y los demás que requiera, hospitalizaciones, cirugías, tratamientos, traslados de ésta y una familiar hasta el lugar que sea remitida en razón del mismo, hasta lograr su plena recuperación o controlar sus padecimientos (PATOLOGIAS, CONGENITAS MULTIPLES ASOCIADAS, como DESMIELINIZACIÓN CEREBRAL E HIPOPLASIA EN EL CUERPO CALLOSO, REFLUJO GASTROESOFAGICO, REFLUJO VESICoureTERAL, RETRADO (sic) EN EL DESARROLLO DE LA VIA VISUAL Y FORAMEN OCAL PERMEABLE); siendo entonces el mismo integral y sin dilaciones.” De igual manera, autorizó a Saludcoop EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, Fosyga.

4. La tercera acción de tutela que interpuso la familia de la menor fue notificada el 23 de enero de 2009, por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de

Garantías de Pereira –Risaralda. La decisión que adoptó este juzgado fue la siguiente: “En cumplimiento de este fallo el doctor NELSON ARCANGEL AVENDAÑO LOPERA, como Gerente Regional del Eje Cafetero de la EPS Saludcoop, o quien haga sus veces, continuaré (sic) suministrando el tratamiento integral en relación con las patologías congénitas múltiples que padece la menor MARIA CAMILA ARANGO PINEDA, sin exigir como condición para la prestación del servicio en cualquiera de sus aspectos, cuotas moderadoras o copagos.

Así mismo, se le previene para no desconocer en el futuro el mandato constitucional según el cual las cuotas moderadoras no pueden constituir un obstáculo para acceder al servicio de salud, en especial cuando se trata de los derechos de una persona sujeto de especial protección constitucional.” En esta ocasión, el juez de instancia no autorizó a la entidad a ejercer la facultad de recobro ante el fondo de solidaridad y garantías, Fosyga.

5. El 17 de septiembre de 2009, ante consulta efectuada por los padres de la menor, el Dr. César A. Patiño recomendó realizar el tratamiento de la cámara hiperbarica de oxígeno, con frecuencia de una hora diaria durante cuarenta días. La cotización que realizó este médico se compone de un valor unitario de \$40.000 lo cual significa un valor total de \$1.600.000.00. En la misma fecha el Dr. Patiño recomendó que a la menor se le suministrara el medicamento Benerva.

6. El 29 de septiembre de 2009, la Dra. Gladys María Basante Orozco, quien se desempeña como pediatra neuróloga infantil y como médica tratante de Maria Camila, profirió el siguiente concepto: “Considero que si el auditor medico está (sic) convencido de la terapia alternativa, que yo desconozco, lo más recomendable es que lo firme él, y yo adjunto mi firma, pues yo como tratante desconozco la terapia, desconozco efectos colaterales a corto, mediano y largo plazo.

Considero reunión con auditor médico y los padres para llegar a un acuerdo que resulte en beneficio de la menor, pero repito, no puedo indicar una terapia alternativa desconocida para mi.”

“Es claro entonces la necesidad de una atención INTEGRAL en el sentido de brindar permanente y oportunamente todos los diferentes tratamientos especializados dentro y fuera

del país, que puedan existir para ayudar y mejorar la calidad de vida de mi hija como por ejemplo las sesiones de Cámara Hiperbarica de Oxígeno, los medicamentos como por ejemplo Benerva que son necesarios durante el tratamiento y los traslados diarios mientras dura el mismo, así como las demás que se desprenden de todas las anteriores.”

8. El 5 de octubre de 2009 el señor Wilmar Arango Castaño rindió una declaración juramentada respecto de la presente acción de tutela. La Sala de Revisión se permite destacar los aspectos más relevantes de este documento:

“Es por esto que no acudí al incidente de desacato porque el procedimiento de oxigenoterapia en cámara hiperbarica no está incluido dentro del tratamiento integral, lo que no daría lugar a un desacato sino a una nueva tutela. Quiero aportar en este instante las dos copias de los fallos de tutela antes referenciados (Se deja constancia que el accionante aporta los mencionados fallos constantes de seis y once folios respectivamente). (...) En la actualidad me desempeño como investigador criminalístico del CTI de la Fiscalía y devengo un salario mensual de \$1.840.000.00; de los cuales subsistimos mi esposa, mi hija y yo, mi esposa también trabaja, se desempeña como asistente de Fiscal, nosotros tenemos una casa la cual aún la estamos pagando, tenemos un vehículo el cual también estamos pagando, nuestros gastos incluyen la cuota de la casa, del carro, pago de obligaciones financieras, y con cooperativas, y los gastos de mercado y servicios públicos. (...) Yo lo que quiero es que a mi hija se le brinde la oportunidad de acceder a esta nueva posibilidad de tratamiento y que pueda mejorar aún más su calidad de vida, ya que el doctor César A. Patiño Bermúdez, médico Cirujano y experto en la oxigenoterapia en cámara hiperbarica, recomendó este tratamiento como una alternativa clave para la recuperación de mi hija y el cual ha tenido excelentes resultados en otros pacientes, es por esto que dicho galeno recomendó inicialmente 40 terapias, pero si se llegaren a necesitar más, que también se ordenara en el fallo la continuidad del tratamiento.”

2. Respuesta de la entidad demandada

Saludcoop EPS

El representante legal de la entidad demandada realizó un recuento de la situación de salud

de la menor y de los fallos de tutela de los cuales ha sido objeto. Con relación al presente proceso de tutela indicó: “Sobre este punto es menester destacar que el servicio solicitado a través de esta nueva acción de amparo (sesiones de cámara hiperbárica) fue prescrito por un médico particular, el cual no forma parte de nuestra red de servicios, razón por la cual deberá denegarse el amparo deprecado. Y es que entre los requisitos de procedibilidad contemplados por la Corte Constitucional en sentencias SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, se cuentan, entre otros: (...) c) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico de la entidad prestadora de Servicios de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. (...)”. De igual manera, la entidad accionada cita ciertos pronunciamientos de la Corte Constitucional que reiteran este criterio ante diversas hipótesis fácticas.

Con relación a este argumento, la entidad precisó: “(...) Sin ese concepto el juez no tiene las suficientes herramientas para adoptar la decisión y que ese dictamen prevalece sobre los conceptos que del caso emitan otros médicos ajenos a la EPS.

(...)

Pues bien, sobre este mismo punto valga decir que la neuróloga tratante de la menor Doctora Gladys Basante no ha prescrito el servicio de `cámara Hiperbárica` toda vez que se trata de una técnica que no tiene evidencia clínica demostrada para manejo de este tipo de patologías. Por tal razón apoya el actor sus pretensiones en una prescripción emitida por un médico particular, la cual no deberá ser tomada en cuenta y consecuentemente, denegado el amparo solicitado por inexistencia de vulneración a derecho fundamental alguno.”

El segundo argumento que manifestó la entidad, para negar la solicitud presentada por el actor, fue que Saludcoop EPS no está obligada a suministrar tratamientos prescritos por médicos no adscritos a su red de servicios, salvo que se afecte el principio de atención integral, el cual no se vulnera en el presente caso: “Finalmente, me permito precisar que en la demanda no aparece prueba o indicio alguno que indique la necesidad de otros servicios dentro de dicha “integralidad” tampoco consta en las diligencias que Saludcoop haya negado servicios de salud deliberadamente y sin justificación alguna.”

El último argumento que emplea el demandante es sobre el derecho que le asiste a obtener en todo caso el recobro pronto y efectivo ante el fondo de solidaridad y garantías, FOSYGA. Sostiene que el problema radica en que el Estado tiene el deber de garantizar la

sostenibilidad financiera del sistema de salud pues las entidades promotoras de salud ejercen una función por delegación del Estado: “(...) en el trámite de la presente acción el Juez de Tutela además de proteger los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Salud está llamado a verificar si efectivamente lo ordenado será objeto de cumplimiento y para este caso, se hace necesario que a fin de evitar que se agudice la grave situación de no pago de los reembolsos de tutela, se ordene al Ministerio de la Protección Social y al FOSYGA suministre DE MANERA INMEDIATA a la EPS los recursos suficientes para que esta pueda asumir los costos y gastos que requiere el cumplimiento de la presente acción de tutela en aquello no previsto en el POS, puesto que seguir bajo el esquema del REEMBOLSO VENCIDO e incierto conllevará al colapso en la prestación de los servicios de salud.”

3. Pruebas

En el expediente constan los siguientes documentos:

- * Copia de la cédula de ciudadanía del señor Wilmar Arango Castaño. (F.6)
- * Copia del Registro Civil de Nacimiento de la niña María Camila Arango. (F. 7)
- * Copia del Carné de Saludcoop EPS de la niña María Camila Arango. (F.7)
- * Copia de la Historia Clínica de la niña María Camila Arango en la IPS Central Especialistas Eje Cafetero del municipio de Dosquebradas, Risaralda. (F.8-9)
- * Copia del concepto emitido por la Dra. Gladys María Basante, pediatra neuróloga infantil, con fecha del 29 de septiembre de 2009. (F.10)
- * Copia de la orden del Dr. César A. Patiño respecto de la práctica del tratamiento de la Cámara Hiperbárica. (F. 11)
- * Copia de la cotización del tratamiento de la Cámara Hiperbárica. (F. 11)
- * Copia del folleto con los beneficios del tratamiento Cámara Hiperbárica. (F. 13)

* Copia de la declaración juramentada del señor Wilmar Arango Castaño, realizada el 5 de octubre de 2009. (F. 18-19)

* Copia del historial de solicitudes de la niña Camila Arango Pineda a Saludcoop EPS. (F.51-64)

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia. Juzgado Segundo Penal Municipal de Adolescentes con Función de Control de Garantías. Pereira Risaralda.

El juez de instancia decidió, el 16 de octubre de 2009, “(...) no tutelar los derechos fundamentales invocados por el señor William Arango Castaño, quien actúa en representación de su hija menor de edad María Camila Arango Pineda, al encontrarse que los mismos no han sido violentados por la EPS Saludcoop (...).”

El argumento fundamental que expuso el juez de primera instancia fue el siguiente: “(...) tenemos que el tratamiento solicitado no fue ordenado por el médico tratante, ni adscrito a la EPS Saludcoop, sino, por un médico particular; no contando el Despacho con la certeza que el procedimiento ordenado por este médico tendrá los resultados que se esperen, máxime cuando la propia médico tratante de la menor, doctora Gladys María Basante Orozco, Pediatra Neuróloga Infantil, no ha prescrito el servicio de Cámara Hiperbárica, y por escrito manifestó que se trata de una técnica desconocida para ella, de la cual desconoce sus efectos colaterales a corto, mediano y largo plazo, así mismo la EPS manifestó que no hay evidencia clínica demostrada para el manejo de este tipo de patologías, mediante dicho procedimiento.”

Finalmente, manifestó que la prestación de los servicios de salud del plan obligatorio de salud deben desarrollarse en las instituciones prestadoras de salud adscritas a la EPS de la afiliada: “Igualmente, encontramos que las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud, entre ellas la Resolución 5261 de 1994, establecen que los afiliados deben utilizar la red de servicios con la cual su entidad prestadora del servicio de salud tiene contratado.”

Segunda Instancia. Juzgado Primero Penal para adolescentes con función de conocimiento de Pereira Risaralda.

El 27 de noviembre de 2009 el juez de segunda instancia resolvió confirmar la decisión del juez de primera instancia. Los argumentos que expuso el juzgado fueron los siguientes:

“(…) uno de los presupuestos para que sea viable inaplicar la normatividad que regula el servicio NO POS, es que la prescripción del procedimiento, medicamento o servicio, provenga de un Médico adscrito a dicha EPS; en nuestro caso, proviene de un médico particular, lo cual hace improcedente el amparo deprecado, como bien lo vislumbró la primera instancia.”

“Se debe hacer referencia a que la Corte Constitucional en muchos de sus precedentes jurisprudenciales ha trazado los requisitos relacionados con la procedencia de la acción de tutela para la inaplicación de las normas del plan obligatorio de salud, siendo uno de ellos, que se compruebe suficientemente la necesidad del suministro del fármaco o procedimiento que se trate. Siendo este juicio de necesidad, de manera principal y prevalente, resuelto por el médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud, quien posee la competencia científica y el conocimiento preciso acerca de la enfermedad padecida por el usuario.

Por lo expuesto, se reitera que el criterio adoptado por el a quo fue el más adecuado, máxime si se tiene en cuenta, que la entidad accionada ha accedido a las prescripciones del médico tratante de la niña María Camila, y ha acatado los fallos de tutela en los cuales se le ha ordenado inaplicar las normas que conforman el plan obligatorio de salud cuando se le ha prescrito servicios de salud excluidos del POS. Además, no se tiene prueba de que dicha entidad haya autorizado prescripciones de médicos particulares o ajenos a su red de servicios, pues en este caso no podría alegar esa circunstancia específica, para no autorizar el servicio de salud que se demanda.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por medio del auto del veinticinco (25) de enero de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección Número

Uno.

Problema jurídico

La Sala Tercera de Revisión debe determinar si Saludcoop EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la niña María Camila Arango Pineda, por cuanto esta entidad se niega a realizar el tratamiento de cámara hiperbárica y a suministrar el medicamento Benerva, pues aduce que este procedimiento y ese medicamento no han sido prescritos por el médico tratante adscrito a su red de instituciones prestadoras de salud.

Para resolver este problema jurídico se desarrollará el siguiente orden: i) Procedencia de la acción de tutela respecto al derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas ii) Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud. iii) Derecho al diagnóstico y iv) la solución del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela respecto al derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas. Reiteración de jurisprudencia.

1. La Corte Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones¹ el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas. El artículo 44 de la Constitución enuncia que los “derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” De igual manera, el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido la prevalencia del interés superior del menor pues ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño² y ha promulgado la nueva Ley de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, las cuales prescriben este principio. Por ese motivo se considera que la acción de tutela es un mecanismo idóneo y efectivo para salvaguardar los derechos de las niñas y los niños ante la eventual vulneración o amenaza.

En este sentido en la sentencia T-695 de 2007³, que versaba sobre un menor autista al que la EPS negaba el tratamiento de rehabilitación integral por considerar que se encontraba excluido del plan obligatorio de salud, POS, la Corte amparó los derechos fundamentales del menor y reiteró su jurisprudencia sobre protección especial de los niños y las niñas, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás.⁴ Esta regla encuentra su fundamento en el artículo 44 de la Constitución que señala expresamente: `Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...). La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás`. También el artículo 13 ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.⁵” ⁶

En la sentencia T-760 de 2008 la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud. Con relación al valor normativo que tienen los derechos de los niños indicó:

“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 salud.⁷ 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.⁸”⁹

La otra regla que se afianzó en esta sentencia, consiste en que para analizar la procedencia de la acción de tutela en los casos de vulneración o amenaza del derecho fundamental a la salud de los niños o las niñas, no debe mediar afectación de otro derecho fundamental:

“4.5.2.1. La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’,¹⁰ debe ser protegido en forma inmediata por el

juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.¹¹ 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.¹²”

Prestación de medicamentos y tratamientos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Reiteración de jurisprudencia.

2. La Corte Constitucional ha distinguido dos grupos en los cuales se presentan controversias sobre el derecho a la salud: cuando la vulneración o amenaza versa sobre un medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y cuando la vulneración o amenaza versa sobre procedimiento o medicamento que no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud, NO POS. La Corte ha establecido reglas jurisprudenciales para los dos tipos de controversias, las cuales deben ser verificadas por los jueces de tutela al momento de conceder o denegar el amparo en materia de derecho a la salud.

“Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.”¹³

Respecto de procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha fijado las siguientes reglas:

“Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación (sic) la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud.¹⁴ Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no

puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”¹⁵ En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,¹⁶ como en el régimen subsidiado,¹⁷ indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,¹⁸ a la enfermedad que padece la persona¹⁹ o al tipo de servicio que ésta requiere.²⁰”²¹”²²

Derecho al diagnóstico

3. Uno de los requisitos que se deben acreditar cuando se solicita un medicamento o tratamiento no incluido en el plan obligatorio de salud, consiste en que el medicamento o tratamiento haya sido ordenado por el médico tratante, por estar adscrito a la red de instituciones prestadoras de salud de una EPS determinada. No obstante, la jurisprudencia ha establecido que el concepto médico de un profesional de la salud, no adscrito a la red de instituciones prestadoras de salud de la respectiva EPS, no puede ser desestimando sin ningún tipo de argumentación médica. En esos casos, el actor cuenta con el derecho al diagnóstico que implica que la entidad promotora de salud debe explicar las razones médicas y científicas por las cuales avala o desestima el concepto de un médico que no ha tratado de manera regular al paciente. Al respecto la sentencia T-760 de 2008 estableció:

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.²³ La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.²⁴

No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.²⁵ Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes,²⁶ sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio.²⁷ También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’,²⁸ incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.²⁹³⁰

En sede de tutela se ha acogido el criterio expuesto. En la sentencia T-881 de 2008³¹, basándose en el derecho al diagnóstico, se dijo lo siguiente:

“(…) de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el concepto de un médico no adscrito a la entidad promotora de salud a la cual se encuentra adscrito el paciente, puede tener efectos vinculantes si la empresa tiene conocimiento de tal concepto y no lo desechó con base en información científica, esto es, porque valoró inadecuadamente al usuario o porque no lo ha sometido a consideración del personal médico que sí está adscrito a la entidad en comento. En estos casos, el diagnóstico médico externo implica que la E.P.S. debe adelantar las gestiones necesarias para confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en los estudios y análisis pertinentes de conformidad con las circunstancias particulares del caso concreto”.

De igual manera, en la sentencia T-050 de 2009 se trata un asunto semejante al que se expone en la presente providencia. En ese caso la actora venía padeciendo de sangrado vaginal, por lo que se realizó una ecografía cuyo resultado fue MIOMATOSIS UTERINA INCIPIENTE, MICROPILIQUITOSIS y PROBABLE SANGRADO DISFUNCIONAL. Unos días después

se le recetó el medicamento Medroxiprogesterona Acetato Suspensión Inyectable 150 mg. Luego, presentó nuevamente los problemas de salud descritos y acudió a la Clínica Santa María de Sincelejo y fue atendida por un ginecólogo, quien le manifestó oralmente la urgencia de practicarse el examen histeroscopia ginecológica. El médico se abstuvo de realizar la orden médica para el examen en cuestión por escrito, bajo el argumento de que el mismo se encuentra excluido del POS. Le aconsejó remitirse a la Liga de Lucha contra el cáncer, en donde el examen tenía un valor de \$ 800.000. Por lo anterior, la ciudadana interpuso acción de tutela contra Coomeva EPS, en la cual le solicitó al Juez de amparo que ordenara a la mencionada entidad reconocer la práctica del examen histeroscopia ginecológica.

En esta sentencia la Corte reiteró lo siguiente respecto del derecho al diagnóstico:

“20.- De esta forma, conviene precisar que el hecho de que el médico tratante no esté adscrito a la Empresa Promotora de Salud, o que lo (sic) se cuente con una orden escrita de un médico, no restringe la posibilidad que las personas accedan a la garantía de la prestación de este servicio público. Acorde con esto, tenemos que, los usuarios tiene el derecho a que la Entidad a la cual se encuentran afiliados, emitan un concepto mediante el cual avale o controvierta, desde el punto de vista médico, el diagnóstico emitido por el personal ajeno a la institución.

(...)

21. Las afirmaciones expuestas anteriormente encuentran fundamento principalmente en dos razones. La primera, por cuanto resulta de gran importancia proteger el derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica, por tanto, forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir tales valoraciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). Es claro entonces que el servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria atendiendo el principio de calidad si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados.”

Otro ejemplo de la consolidación del derecho al diagnóstico se presentó con la sentencia T-810 de 2009. Los hechos de este caso eran lo siguientes: la peticionaria, de setenta y seis años (76) de edad, afirmó que era beneficiaria del régimen subsidiado en Salud en el Sisben nivel 2 a través de la EPS-S Comfenalco de Antioquia desde 2004. En el mes de mayo de 2009, le diagnosticaron artritis y osteoporosis y le recetaron un medicamento llamado IBANDRONATO. La EPS-S Comfenalco negó la entrega de este medicamento por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POSS, y ser muy costoso.

Ante esta situación, al tratarse de un medicamento que no se encontraba incluido en el plan obligatorio de salud, la Corte señaló:

“11. En conclusión, para que se puedan inaplicar las normas que prevén la exclusión de ciertos medicamentos, el juez de tutela debe cerciorarse de que, en el caso concreto, se cumplan con los cuatro (4) requisitos fijados jurisprudencialmente por esta Corporación y retomados anteriormente. Sin embargo, respecto al requisito según el cual el médico que prescribe el medicamento debe estar adscrito a la EPS a la que está afiliado el peticionario, es necesario advertir que se trata de un requisito que no es absoluto pues, cuando el medicamento ha sido prescrito por un médico particular, la EPS no puede rechazar de plano su suministro ya que, en virtud del derecho al diagnóstico, el paciente es acreedor de que, con base en una valoración médica, le expliquen las razones médicas por las cuales no es procedente dicho suministro. Si la EPS no asume esta carga, el concepto del médico particular es vinculante.”

Un ejemplo adicional, pero referido específicamente respecto al uso de la cámara Hiperbárica, se presentó en la siguiente acción de tutela que esta Sala referencia:

“En el presente caso, a juicio de los familiares del paciente, su pariente requiere que se garantice el suministro de utensilios básicos para poder llevar una vida digna tales como pañales, cremas y colchón especial; además, insisten en la necesidad de un auxiliar de enfermería como acompañante permanente. Adicionalmente, aducen que obtuvieron información del Director Científico del Hospital Militar sobre la posibilidad de recuperación de un paciente en estado vegetativo por medio de una cámara hiperbárica que ayudaría a la curación de heridas de difícil cicatrización y rehabilitación neurológica.

Ahora, si bien estos interrogantes surgieron del desarrollo de la presente acción de tutela, ante estas circunstancias el juez constitucional no puede ser indiferente, por lo que así no exista certeza de que los servicios requeridos sean necesarios o indispensables para el paciente, ante la falta de existencia de un criterio médico que así lo indique en el caso específico del señor Víctor Barragán Ortiz, se ordenará en el termino de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y a Nueva EPS, que deberán agotar una junta médica en la que se analicen y bajo criterios científicos se aprueben o refuten en los términos de la Sentencia T-760 de 2008, la viabilidad y la necesidad de los servicios que a juicio de los familiares del paciente éste requiere. En dicha junta médica los interesados podrán llevar a consideración del comité tanto prescripciones de médicos adscritos a la entidad, como criterios de médicos externos.”³² (Subrayado fuera del texto original)

De la jurisprudencia reseñada se colige que el requisito según el cual, el procedimiento o medicamento, que no está incluido en el plan obligatorio de salud ha debido ser prescrito por el médico tratante, tiene una excepción. La EPS no está autorizada a rechazar, de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas y técnicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado. E incluso, si desconoce esta obligación y no explica las razones por las cuales se ha denegado determinada opinión médica, este criterio del médico particular le será vinculante.

El caso concreto.

La Sala Tercera de Revisión debe determinar si Saludcoop EPS ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la niña María Camila Arango Pineda, por cuanto esta entidad se niega a realizar el tratamiento de cámara hiperbárica y a suministrar el medicamento Benerva pues aduce que, este procedimiento y ese medicamento, no han sido prescritos por el médico tratante adscrito a su red de instituciones prestadoras de salud.

La Sala de Revisión considera que la presente acción de tutela es el mecanismo adecuado para solicitar la protección del derecho a la salud de los niños y las niñas. Los niños y las niñas son sujetos de especial protección constitucional y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, luego, ante la vulneración o amenaza del derecho a la salud de los

menores la acción de tutela resulta ser un mecanismo idóneo y eficaz. Por estas consideraciones se afirma que resulta procedente la acción de tutela que interpuso el señor Wilmar Arango Castaño, en representación de su menor hija Camila Arango Pineda, pues su derecho a la salud se ha vulnerado.

Los jueces de instancia rechazaron la petición del señor Arango Castaño de ordenar a Saludcoop EPS que practicara el tratamiento de cámara hiperbárica y suministrara el medicamento Benerva a la niña Maria Camila Arango Pineda. Indicaron que para que los medicamentos y tratamientos no incluidos en el POS fueran suministrados o practicados era menester que tal prescripción hubiere sido proferida por el médico tratante de la menor. Debido a que el tratamiento de cámara hiperbárica había sido ordenado por el Dr. Cesar Patiño, médico particular no adscrito a Saludcoop EPS, el tratamiento y el medicamento no fueron concedidos. De igual manera, la Dra. Gladys María Basante, quien se desempeña como pediatra neuróloga infantil y como médica tratante de María Camila, no avaló el concepto del Dr. Patiño pues desconocía los efectos secundarios del tratamiento de cámara Hiperbárica.

Respecto al tratamiento de cámara Hiperbárica es oportuno indicar que este procedimiento no se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de salud. Según la jurisprudencia constitucional, en particular la T-760 de 2008, para ordenar un medicamento o tratamiento no incluido en el plan obligatorio de salud deben concurrir los siguientes requisitos: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza, se reitera, los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentre autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

Al subsumir estas reglas con los hechos del caso concreto se concluye lo siguiente: (i) El servicio médico y el medicamento prescrito tiene la cualidad de mejorar el nivel de vida y a la integridad personal de Maria Camila Arango, según lo afirma el Dr. César A. Patiño. (ii) No se ha comprobado que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio. (iii) Los padres de la menor no pueden costearlo directamente pues

aducen la ausencia de su capacidad económica, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentran autorizadas legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie. Y (iv) el servicio médico y el medicamento prescrito no ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. En este último punto, la Dra. Gladyz Basante, médica tratante de la niña, manifestó su interés por ayudar en su recuperación, pero indicó que ignoraba el tratamiento alternativo solicitado y sus efectos colaterales a corto, mediano y largo plazo.

Respecto de la última regla que indica que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, se recuerda que la misma no es absoluta. De la jurisprudencia constitucional reseñada se colige que la EPS no está autorizada a rechazar sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad, pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado. E incluso, como se ha dicho, si desconoce esta obligación y no explica las razones por las cuales se ha denegado determinada opinión médica, este criterio del médico particular le será vinculante.

Los jueces de tutela y la entidad promotora de salud omitieron esta regla jurisprudencial con las posturas asumidas, pues alegaron que el tratamiento de cámara hiperbárica no fue prescrito por el médico tratante. En razón de que la médica Basante ignora el tratamiento solicitado, la Sala considera adecuado que el Comité Técnico Científico profiera el diagnóstico solicitado. Por las consideraciones expuestas se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal para adolescentes con función de conocimiento de Pereira Risaralda el 27 de noviembre de 2009, y en su lugar, se protegerán los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad de la niña María Camila Arango. En consecuencia, se ordenará a Saludcoop EPS, en virtud del derecho al diagnóstico a que el Comité Técnico Científico emita un concepto sobre el tratamiento de la cámara Hiperbárica y el suministro del medicamento Benerva a la menor María Camila Arango, dentro los cinco (5) días siguientes a partir de la notificación de la presente providencia.

IV. DECISIÓN:

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal para adolescentes con función de conocimiento de Pereira Risaralda el 27 de noviembre de 2009. En su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad de la niña María Camila Arango.

Segundo. En consecuencia, ORDENAR a Saludcoop EPS, en virtud del derecho al diagnóstico, a que el Comité Técnico Científico emita un concepto sobre el tratamiento de la cámara Hiperbárica y el suministro del medicamento Benerva a la menor María Camila Arango, dentro los cinco (5) días siguientes a partir de la notificación de la presente providencia.

Tercero. LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Sentencias T-037 de 2006, T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

2 Este Tratado Internacional fue ratificado por medio de la Ley 12 de 1991.

3 Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2007. La Corte ordenó, ante la complejidad del autismo y lo formulado por el médico: “Segundo.- Ordenar a Sanitas EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, en caso de que aún no lo haya hecho, adopte las medidas necesarias para brindar al menor Miguel Ángel Jiménez Romero el tratamiento integral por personal especializado para el Trastorno Generalizado del Desarrollo no Especificado (autismo atípico) que padece, en los términos indicados por el médico tratante. Si la EPS Sanitas SA no cuenta dentro de su red contratada con una institución que pueda prestar los servicios especializados para el tratamiento del Trastorno Generalizado del Desarrollo no Especificado (autismo atípico), deberá contratarlos, al menos para atender el caso concreto siguiendo lo dispuesto por el médico tratante.|| Los exámenes adicionales que ordene el médico tratante deberán practicarse antes de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia y en ningún caso serán un obstáculo para la iniciación del tratamiento.”

4 Para ver algunos casos en los cuales la Corte ha reiterado el derecho fundamental a la salud de los niños: Sentencia T-492 de 2007 en la que se protegió el derecho de un menor a recibir tratamiento para una Craneofaringioma, y se señaló: “(...) el mandato consignado en el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiriera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela.”; Sentencia T-201 de 2007 en la que se protegieron los derechos de un niño a ser trasladado a Bogotá a recibir tratamiento pos operatorio de una cirugía para corregir una cuadraplegia espástica que sufría el menor. En dicha providencia se indicó:“(…) importa destacar que el derecho a la salud de niñas y niños adquiere carácter fundamental autónomo y puede ser garantizado mediante acción de tutela (...) el servicio de salud que sea brindado a niñas y niños debe permitir el cumplimiento de la cláusula según la cual, todo niño 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 Sentencia T-134 de 2007 en la cual se protegió el derecho de un menor a recibir tratamiento para mejorar un retraso en el crecimiento diagnosticado por el médico tratante. En esa oportunidad la Corte consideró que: “(...) el mandato consignado en

el artículo 44 constitucional previó el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y que, por consiguiente, su protección por vía de tutela es de carácter directo, sin que, como ocurre en el caso de los mayores de edad, deba probarse la violación conexa de otro derecho de rango fundamental para que proceda su amparo.”.

5 Artículo 13 de la Constitución Política: “(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

6 Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2007.

7 Según la Constitución (artículo 44) los niños tienen, entre otros, los derechos fundamentales (1) a la “vida”; (2) a “la integridad física”; (3) a “la salud y la seguridad social”; (4) a “la alimentación equilibrada” (5) a “su nombre y nacionalidad”; (6) “a tener una familia y no ser separado de ella”; (7) al “cuidado y amor”, (8) a “la educación”; (9) a “la libre expresión de su opinión”.

8 Sobre los derechos de protección ha dicho la Corte: “Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre a todas las personas. Para abordar esta cuestión es relevante el derecho internacional (art. 93, CP).” Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004.

9 Sentencia T-760 de 2008.

10 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.

11 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996, SU-225 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000 y T-819 de 2003.

12 Sentencia T-860 de 2003. En la sentencia T-223 de 2004 y T-538 de 2004 la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POSS.

13 Sentencia T-760 de 2008

14 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992 y T-548 de 1992, sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud (ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-631, T-628 y T-691 de 1998, SU-819 de 1999, T-344 de 2002 y T-543 de 2002.)

15 Estos criterios fueron establecidos en estos términos por la sentencia T-1204 de 2000 y reiterados así, entre otras, por las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007 y T-1079 de 2007. En la sentencia T-1204 de 2000, en el contexto del régimen contributivo de salud; en este caso la Corte ordenó a la entidad encargada de garantizarle al peticionario la prestación del servicio de salud (Colmena Salud EPS) que autorizara la práctica del servicio requerido (exámen de carga viral). La Corte tuvo en cuenta que según la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela puede ordenar “(...) la prestación de los servicios de salud, a los cuales las personas no tienen el derecho fundamental a acceder, cuando sin ellos se haría nugatoria la garantía a derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal, pues frente a estos derechos, inherentes a la persona humana e independientes de cualquier circunstancia ajena a su núcleo esencial, no puede oponerse la falta de reglamentación legal (decisión política) o la

carencia de recursos para satisfacerlos.”

16 Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001; T-591 de 2003; T-058, T-750, T-828, T-882, T-901 y T-984 de 2004; T-016 , T-024 y T-086 de 2005.

17 Ver, entre otras, las sentencias T-829, T-841, T-833 y T-868 de 2004; T-096 de 2005.

18 Por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que “cuando un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad prestadora de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir en contra del FOSYGA.” (Corte Constitucional, sentencia T-972 de 2001; Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-280 de 2002; en el mismo sentido ver la sentencia T-069 de 2005.

19 Tal es el caso, por ejemplo, de personas con VIH o SIDA. Como lo ha señalado la propia Corporación, ha “(...) sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH. Debido al carácter de su enfermedad, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio.” Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2005 [en este caso se siguieron, entre otras, las siguientes sentencias: T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; SU-256 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-436 de 2003; T-925 de 2003; T-326 de 2004.

20 Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha fijado condiciones específicas para que se pueda ordenar la remisión de un paciente al exterior, para que reciba un servicio médico que requiere; esta condiciones fueron fijadas en las sentencias T-395 de 1998 y reiteradas, entre otras, en las sentencias SU-819 de 1999 y T-597 de 2001.

22 Sentencia T-760 de 2008.

23 Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitu-

cional. Puede consultarse al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001 y T-344 de 2002.

24 En varias ocasiones la Corte Constitucional ha negado el amparo de tutela solicitado por un accionante, por el hecho de solicitar un servicio de salud que fue ordenado por un médico que no está adscrito a la EPS a la que la persona se encuentra afiliada. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-378 de 2000, T-741 de 2001 y T-476 de 2004.

25 En la sentencia T-500 de 2007, por ejemplo, la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la EPS, que había considerado la patología en cuestión como de ‘carácter estético’ sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

26 Recientemente, en la sentencia T-083 de 2008 la Corte resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), “que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente.”.

27 Al respecto ver la sentencias T-304 y T-835 de 2005 y T-1041 de 2005.

28 En la sentencia T-1138 de 2005 se decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

29 En la sentencia T-662 de 2006 la Corte ordenó a una entidad de medicina prepagada autorizar el servicio de salud (implante coclear) ordenado por un médico no adscrito a su entidad (Colmédica Medicina Prepagada), entre otras razones, porque una autorización previa por parte de la entidad para un servicio similar, había implicado “el reconocimiento a

la idoneidad del médico tratante para atender la enfermedad del actor y, de otra, el reconocimiento tácito de la existencia de un vínculo jurídico, para el caso concreto, entre ella y el médico tratante, dada la autorización de la cirugía practicada por este último y la asunción del mayor costo del servicio prestado.” En este caso la Corte tuvo especial atención a los principios de continuidad en el servicio y confianza legítima.

30 Sentencia T-760 de 2008.

31 Por medio de esta sentencia esta Corporación tuteló los derechos del peticionario que fueron vulnerados por su EPS al negarse a reconocerle un tratamiento ordenado por un médico particular sin explicarle las razones científicas que fundamentaban dicha negativa.

32 Sentencia T-595 de 2009.