

T-374-13

Sentencia T-374/13

DERECHO A LA EDUCACION ESPECIAL DEL MENOR CON DISCAPACIDAD Y OBLIGACIONES CORRELATIVAS DEL ESTADO-Reiteración de jurisprudencia

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

La salud de los niños se erige como un derecho fundamental autónomo y que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra doblemente obligado a ofrecer todos los medios que se encuentren a su alcance para obtener la plena garantía de los derechos consagrados en el artículo 44 superior.

VALIDEZ DEL CONCEPTO EMITIDO POR MEDICO NO ADSCRITO A EPS-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el médico tratante es la persona idónea para determinar un tratamiento en salud. Además, por regla general, ha considerado que el concepto relevante frente a los tratamientos es el establecido por el galeno que se encuentra adscrito a la EPS encargada de garantizar los servicios de cada persona. Sin embargo, se han establecido ciertas excepciones. En efecto, el concepto del médico tratante que no se encuentra adscrito a la EPS debe ser tenido en cuenta por dicha entidad siempre que se presenten ciertas circunstancias, entre estas se destacan:“(i) En los casos en los que se valoró inadecuadamente a la persona;(ii) 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; (iii) Cuando en el pasado la EPS ha valorado y aceptado los conceptos del médico externo como médico tratante; (iv) Siempre que la EPS no se oponga y guarde silencio después de tener conocimiento del concepto del médico externo”.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de aceptar, rechazar o modificar, mediante conceptos médicos o científicos, el concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad que ordenó a un usuario un servicio de salud

La orden de un médico tratante que no se encuentra adscrito a determinada E.P.S. no es por sí misma una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud. Ello puede convertirse en una barrera injustificada de acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento del dictamen, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o pueda resultar lesivo.

**PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD MEDICA RESPECTO DE MENORES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Integralidad y accesibilidad en la prestación del servicio**

Tratándose de niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad, el derecho a la salud debe garantizarse de manera integral, aún respecto de aquellos tratamientos catalogados como no-POS, ya que este no solamente se circunscribe a la atención de una dolencia física sino que también incluye el concepto de bienestar en un sentido amplio con todos aquellos componentes que eleven el nivel de vida de las personas. La seguridad social de los niños discapacitados, de conformidad a lo manifestado en diversos tratados internacionales de derechos humanos, lleva implícito el concepto de accesibilidad, de lo contrario sería inocua cualquier orden que impartiera el juez de tutela respecto de un tratamiento o terapia que debido a su complejidad deba practicarse en centros especializados que se encuentren a grandes distancias del domicilio del accionante.

**DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Integralidad de tratamientos aún en presencia de componentes educativos**

Si bien este tribunal determinó que debido a la ausencia de orden médica no se puede ordenar la ejecución de los tratamientos solicitados, es importante reiterar la obligación en cabeza de las EPS de verificar su necesidad y su utilidad en cada caso, en desarrollo del principio de integralidad, aun cuando estos tengan componentes educativos. Las EPS son las entidades sobre las cuales recae la obligación de practicar los tratamientos de salud, ya que los tratamientos deben ser ejecutados por personal médico experto y capacitado.

**DERECHO A LA SALUD DE MENOR DISCAPACITADO-Orden a EPS la integración de grupo interdisciplinario de especialistas para valoración y suministro de medicamento prescrito por médico particular a menor con epilepsia y retraso mental severo**

**DERECHO A LA SALUD DE MENOR DISCAPACITADO-Orden a EPS la integración de grupo**

interdisciplinario de especialistas para determinar la pertinencia e idoneidad de terapias como equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia a menor con epilepsia y retraso mental severo

Referencia: expediente T-3.851.197

Acción de tutela interpuesta por Mireya Leal Bueno en representación de su hijo Albeiro Andrés Bautista Leal contra COOMEVA E.P.S.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON PINILLA PINILLA, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y, quien la preside, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución, así como 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Valledupar, el que a su vez confirmó la sentencia del Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esa misma ciudad.

#### I. ANTECEDENTES

La ciudadana Mireya Leal Bueno, actuando en nombre y representación de Albeiro Andrés Bautista Leal, interpuso acción de tutela en contra de COOMEVA E.P.S., por considerar vulnerados los derechos fundamentales de su hijo a la vida digna, la salud, la seguridad social y la integridad personal, según los siguientes

##### 1. Hechos:

1.1. El menor Albeiro Andrés Bautista Leal se encuentra afiliado a la E.P.S. COOMEVA, en

calidad de beneficiario, desde el 12 de julio de 2012. Padece una enfermedad llamada "Epilepsia con retraso mental severo", por lo cual es atendido en el centro de rehabilitación IRIS.

1.2. Afirma la actora que debido al precario estado de salud de su hijo y al poco mejoramiento que ha logrado con los tratamientos formulados por los médicos adscritos a la red de servicios de COOMEVA E.P.S., buscó un fisiatra particular para mejorar las habilidades del menor.

1.3. Una vez culminada la consulta se determinó que el paciente requería para mejorar sus destrezas funcionales y sociales de un tratamiento consistente en: "terapias especializadas de neuro desarrollo, equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, terapia asistida con perros, miofuncional, fonoaudiología basada en neuro desarrollo, neuropsicoterapia sistémica, terapia comportamental A.B.A, integración sensoriomotriz, psicopedagogía, terapia de lenguaje y terapia de familia.[1]"

1.5. Alega la madre que las terapias, procedimientos y transportes en los que incurre son muy costosos por lo que no puede sufragarlos.

1.6. Ante esta situación instaura acción de tutela con la pretensión de lograr que se protejan los derechos fundamentales a la vida digna, la salud, la seguridad social y la integridad personal de su hijo y, en consecuencia, solicita se ordene a COOMEVA E.P.S. la práctica de los tratamientos anteriormente descritos, al igual que el reintegro de los valores en los que incurra al trasladar al menor.

2. Actuaciones del Juez de primera instancia.

Mediante auto de fecha 4 de diciembre de 2012, el Juzgado 2° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, decidió admitir la acción de tutela y vincular a COOMEVA E.P.S., para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda.

3. Respuesta de la entidad accionada.

3.1. A través de oficio 0850, el representante legal de COOMEVA manifestó por qué razones debía declararse improcedente la acción de tutela. Declaró que los servicios solicitados por la madre del accionante en su mayoría son educativos, por lo cual es desacertado exigir la

práctica de los tratamientos a dicha entidad.

3.2. Igualmente, la E.P.S. accionada consideró que “las terapias de neuro desarrollo se encuentran incluidas en el Plan de beneficios y corresponden a terapia física, terapia ocupacional, terapia fonoaudiológica. Por otra parte las terapias ABA se encuentran excluidas del plan de beneficios debido a que estas terapias son de carácter educativo los cuales se basan en teorías conductistas, el cual se centra en el refuerzo de conductas operantes y en la reducción de conductas indeseables diseñadas para niños con autismo, estas terapias corresponden a: acuaterapia, terapia asistida con perro, musicoterapia. Es decir, en este caso existe una corresponsabilidad entre dos entidades que prestan servicios públicos diferentes, pues la COOMEVA E.P.S. debe prestar el servicio de salud de forma integral en orden a mejorar la calidad de vida del menor, la Secretaría de Educación, de forma subsidiaria y correlativa, debe garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva[3]”.

3.3. Por otro lado y en cuanto a la solicitud de reconocer los gastos de transporte para el hijo de la accionante, señaló que estos no son servicios de salud y no deben ser asumidos por la E.P.S..

3.4. Finalmente advirtió que el fisiatra que ordenó el tratamiento no está en la red de prestadores adscritos a COOMEVA, por lo cual sus órdenes no son vinculantes.

#### 4. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

##### 4.1 Decisión de primera instancia

El Juzgado 2° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, mediante providencia del 12 de diciembre de 2012, negó la solicitud de protección de los derechos a la vida digna, la salud, la seguridad social y la integridad personal manifestando que, al no existir documentos adjuntos al libelo no es posible determinar con certeza la vulneración alegada.

Aunque la decisión fue favorable a COOMEVA E.P.S., dicha entidad en el término legal interpuso el recurso de impugnación[4].

##### 4.2 Decisión de segunda instancia

El Juzgado 3° Penal del Circuito de Valledupar, mediante providencia del 20 de febrero de 2013, confirmó la decisión del a-quo fundamentado en la imposibilidad de fallar en ausencia de pruebas.

## 5. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 16 de mayo de 2013, ordenó:

5.1. Vincular al trámite tutelar a las autoridades encargadas de garantizar la protección de los derechos de los menores con discapacidad al interior del Sistema de Educación Nacional y el Sistema de Seguridad Social en Salud, específicamente a aquellas que en principio deberían definir estrategias de asignación de competencias, cooperación, manejo y tratamiento de personas con discapacidad. Puntualmente la Sala consideró necesario, teniendo en cuenta las competencias de la ley 715 de 2001 y el Decreto 366 de 2009[5], notificar de la presente acción a la Secretaría de Educación Departamental del Cesar y a la Secretaría de Educación de Valledupar.

5.2. Dar a conocer este proceso a los Ministerios de Educación Nacional así como de Salud y Protección Social para que presentaran a la Corte las estrategias que han adoptado para delimitar y distribuir sus competencias, cuando se está en presencia de procedimientos educativos que despliegan sus efectos en el derecho a la salud, tales como tratamientos especiales de hidroterapia, animalterapia, musicoterapia, equinoterapia y terapias A.B.A..

5.3. Invitar a algunos departamentos y facultades de medicina para que presentaran concepto acerca de: los estudios e investigaciones existentes sobre el impacto en la salud de las personas que participan en tratamientos especializados.

5.4. Pedir a la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio de Educación Nacional y al Ministerio de Salud y Protección Social que, en el término de siete (07) días, enlistaran el conjunto de políticas, instrucciones, manuales de distribución de competencias, planes de cooperación etc., que hayan expedido para asegurar la realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad que requieren de tratamientos integrales, de conformidad a lo ordenado en las sentencias T-974 de 2010 y T-905 de 2012.

5.5. Requerir a la señora Mireya Leal Bueno para que allegara copia de la historia clínica de consulta externa o de la orden médica mediante la cual se dictaminó la práctica de los tratamientos especiales al menor Albeiro Andrés Bautista Leal.

Vencido el término probatorio, la Secretaria General de la Corte Constitucional allegó a la Sala las siguientes piezas procesales:

5.6. Mediante oficio CSED EX 1144, el Secretario de Educación Departamental del Cesar, ejerció su derecho de defensa. (folios 35 al 37, cuaderno 2).

5.7. Mediante oficio SAC-2013 PQR 9869, el Secretario de Educación Municipal de la Alcaldía de Valledupar, allegó respuesta. (folios 44 y 45, cuaderno 2).

5.8. Mediante oficio 2013EE32888, el Ministerio de Educación allegó la documentación requerida. (folios 29 al 33, cuaderno 2).

5.9. Mediante oficio 111060000000-161563-13 IMHC, la Procuraduría General de la Nación, aportó la documentación solicitada. (folios 56 al 66, cuaderno 2).

5.10. Mediante oficio FM/DAC/5693-13, la Universidad Javeriana, allegó escrito en el cual informaba su deseo de no participar en la consulta. (folio 34, cuaderno 2).

5.11. Mediante oficio del 28 de mayo de 2013, la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, allegó respuesta. (folios 46 al 56, cuaderno 2).

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### 2. Planteamiento del problema jurídico.

Conforme a los antecedentes descritos, en el presente asunto la acción de tutela se presenta con el fin de amparar los derechos de un menor con discapacidad que requiere

una serie de tratamientos integrales para mejorar sus condiciones de vida; sin embargo COOMEVA no ha practicado los procedimientos requeridos, aduciendo: (i) la exclusión de los mismos del POS en razón a su carácter educativo y (ii) que el fisiatra que recomendó el tratamiento no está en la red de prestadores adscritos a la E.P.S..

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a la Corte dar solución a los siguientes problemas jurídicos:

¿Se desconocen los derechos fundamentales de los menores con discapacidad a la vida digna, la salud, la seguridad social y a la integridad, cuando una EPS no practica un tratamiento por el hecho de haber sido ordenado por un médico no adscrito a la entidad y por encontrarse excluido del POS?

Por otra parte, es necesario que esta Sala determine ¿cuáles son los criterios que deben emplear las EPS al momento de establecer qué tratamientos hacen parte de su competencia por afectar factores correlacionados con la salud de los pacientes, y cuáles hacen parte de la esfera del derecho a la educación y pertenecen al ámbito funcional de una entidad territorial?

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte abordará los siguientes temas: (i) el derecho a la educación de los menores con discapacidad; (ii) el derecho fundamental a la salud de los niños con discapacidad y su protección mediante la acción de tutela; (iii) la validez del concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS; (iv) principios que rigen la actividad médica respecto de menores discapacitados; (v) y por último se abordará el caso concreto.

### 3. El derecho a la educación de los menores con discapacidad.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el derecho a la educación de los niños es de carácter fundamental y además es un servicio de vital importancia para sociedades como la nuestra, por su relación con la erradicación de la pobreza, el desarrollo humano y la construcción de una sociedad democrática.

Por ello que este tribunal ha indicado en varios fallos que: (i) el derecho a la educación es una herramienta necesaria para hacer efectivo el mandato de igualdad del artículo 13

superior, en tanto potencia la igualdad de oportunidades; (ii) es un instrumento que permite la proyección social del ser humano y la realización de sus demás derechos fundamentales; (iii) es un elemento dignificador de las personas; (iv) es un factor esencial para el desarrollo humano, social y económico; (v) es un instrumento para la construcción de equidad social, y (vi) es una herramienta para el desarrollo de la comunidad, entre otras características[6]”

Igualmente esta corporación mediante sentencia T-1030 de 2006 destacó los elementos del derecho a la educación los cuales comprenden cuatro dimensiones de contenido prestacional: disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad. Allí se conceptuó lo siguiente:

“(i) la disponibilidad del servicio puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema eludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse”.

De otra parte, el derecho a la educación de los niños se encuentra reforzado cuando estos sufren de alguna clase de discapacidad. Así, el artículo 47 de la Constitución prescribe la obligación en cabeza del Estado de “adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”, mientras que el inciso final del artículo 68 superior señala que la “erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales” representan “obligaciones especiales del Estado”.

La Constitución de 1991 y diversos tratados de derechos humanos son claros en reconocer

especiales obligaciones estatales en materia educativa a favor de los niños discapacitados. En desarrollo de esos mandatos se han expedido varias disposiciones multilaterales, legales y reglamentarias por medio de las cuales se ha buscado la inclusión de los menores con discapacidad en el sistema de educación nacional.

En desarrollo de lo expuesto, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, dispuso que[7]:

“los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales, los cuales estarán destinadas a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.”

Al mismo tiempo, los artículos 13 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador[8], señaló que:

“toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a... c) incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo[10]”

Por su parte en el ámbito interno, la Ley 361 de 1997,[11] en su artículo 10º determina que:

“el Estado Colombiano en sus instituciones de Educación pública garantizará el acceso a la educación y la capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico para personas con limitación, quienes para ello dispondrán de una formación integral dentro del ambiente más apropiado a sus necesidades especiales”.

Igualmente, la Ley 1306 de 2009 se encargó de dictar las normas para la protección de personas con discapacidad mental, dicha normatividad dispone que:

“Ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, de acuerdo con los lineamientos y programas científicos diseñados o aprobados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación de que trata la Ley 361 de 1997.

Así mismo el artículo 3° del Decreto 366 de 2009 [12] preceptúa:

“Cada entidad territorial certificada, a través de la Secretaría de Educación, organizará la oferta para la población con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales, para lo cual debe:

1. Determinar, con la instancia o institución que la entidad territorial defina, la condición de discapacidad o capacidad o talento excepcional del estudiante que lo requiera, mediante una evaluación psicopedagógica y una caracterización interdisciplinaria.

La instancia o institución competente que la entidad territorial designe para determinar la condición de discapacidad o capacidad o talento excepcional entregará a la Secretaría de Educación, antes de la iniciación de las actividades del correspondiente año lectivo, la información de la población que requiere apoyo pedagógico.

1. Incorporar la política de educación inclusiva en las diferentes instancias y áreas de la secretaría de educación y definir una persona o área responsable de coordinar los aspectos administrativos y pedagógicos necesarios para la prestación del servicio educativo a estas poblaciones. (...)

4. Desarrollar programas de formación de docentes y de otros agentes educadores con el fin de promover la inclusión de los estudiantes con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales en la educación formal y en el contexto social.

5. Prestar asistencia técnica y pedagógica a los establecimientos educativos que reportan matrícula de población con discapacidad o con capacidades o con talentos excepcionales en lo relacionado con el ajuste de las diversas áreas de la gestión escolar, para garantizar una

adecuada atención a los estudiantes allí matriculados y ofrecerles los apoyos requeridos.(...)

9. Comunicar al Ministerio de Educación Nacional el número de establecimientos educativos con matrícula de población con discapacidad y población con capacidades o con talentos excepcionales, con dos fines: a) Ubicar en dichos establecimientos los recursos humanos, técnicos, tecnológicos y de infraestructura requeridos, y b) Desarrollar en dichos establecimientos programas de sensibilización de la comunidad escolar y de formación de docentes en el manejo de metodologías y didácticas flexibles para la inclusión de estas poblaciones, articulados a los planes de mejoramiento institucional y al plan territorial de capacitación.”

Las anteriores disposiciones evidencian varias directrices internas e internacionales que propenden por lograr la efectividad del derecho fundamental a la educación de las personas en situación de discapacidad, máxime tratándose de menores de edad, lo cual se encuentra acorde con la protección reforzada que les ha conferido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Así las cosas, el cambio respecto a la condición de discapacidad en las últimas décadas consiste en reconocer como punto de partida de todas las políticas públicas que “un medio social negativo puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad”[13].

En este orden de ideas, es necesario señalar que la jurisprudencia de este tribunal ha decantado una serie de obligaciones en cabeza del estado que deben ser satisfechas para garantizar el cumplimiento del derecho a la educación de los menores con discapacidad. Entre estas se destacan las siguientes:

En sentencia T-282 de 2008 se determinó que “el derecho constitucional de carácter social a la educación en el caso de las personas con limitaciones de diverso orden, cuenta con un contenido mínimo no susceptible de ser alterado, que se halla definido en la ley y en los actos administrativos respectivos, derivado de la propia Carta constitucional. Este contenido debe ser protegido y garantizado por las autoridades, permitiendo la realización progresiva de este derecho hasta que las personas puedan gozarlos plenamente”.

En el mismo sentido la Corte Constitucional, mediante sentencia T-620 de 1999, abordó el derecho a la educación de los menores discapacitados bajo los postulados de integración o tratamiento diferenciado. En ese caso determinó que:

“ a) la acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores discapacitados. b) la educación especial se concibe como un recurso extremo, esto es, se ordenará a través de la acción de tutela sólo cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor. c) Si está probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo. d) En caso de que existan centros educativos especializados y que el menor requiera ese tipo de instrucción, esta no sólo se preferirá sino que se ordenará. e) Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se ordenará la prestación del servicio público convencional, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al menor discapacitado.”

Igualmente, mediante sentencia T-647 de 2012 se precisó la correlación existente entre el derecho a la educación de los discapacitados y la dignidad humana. Sobre el particular esta corporación destacó:

“la funcionalidad del derecho fundamental a la educación en los casos de los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos tiene puntos de contacto indiscutibles con el derecho fundamental a la dignidad humana. La instrucción escolar en estos casos no está únicamente relacionada con el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes de la cultura, sino que de ella depende la posibilidad de una verdadera integración de estas personas en la sociedad”

En conclusión la Carta protege el derecho a la educación de los menores con discapacidad contra eventuales discriminaciones en su contra, esto debido a la situación de debilidad en que se encuentran, lo cual obliga a las autoridades a tomar acciones afirmativas en su favor a fin de lograr su plena igualdad e integración en la sociedad.

4. El derecho fundamental a la salud de los niños con discapacidad y su protección por medio de la acción de tutela

La Constitución Política consagró en su artículo 44 un catálogo de derechos que protegen a todos los menores de edad, entre estos se destacan, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el cuidado y la educación. Este tribunal ha desarrollado paulatinamente su naturaleza, alcance y obligaciones a través de su jurisprudencia, como se explicará sucintamente a continuación.

En la sentencia T-084 de 2011 esta corporación determinó que la salvaguardia del derecho fundamental a la salud adquiere una mayor relevancia jurídica cuando se está en presencia de menores de edad. En este sentido expuso:

“En lo atinente al derecho a la salud y a la seguridad social de los niños, la Constitución Política en su artículo 44 consagra sus derechos como prevalentes sobre los derechos de los demás, razón por la cual dadas las condiciones específicas de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran los menores de edad y el interés constitucional que existe en cuanto a su protección, integridad y adecuado desarrollo, se autoriza la defensa inmediata de sus derechos, frente a quien de alguna manera puedan vulnerarlos o ponerlos en peligro. (...) es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.”

Igualmente, en relación con el derecho a la seguridad social de los niños, ha de tenerse en cuenta que el artículo 44 de la Constitución Política consagra la defensa inmediata de sus derechos, frente a quien de alguna manera pueda ponerlos en peligro. En este sentido las sentencias T-408 de 1995 y T-893 de 2010 dispusieron que:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado menos que los demás y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología,

etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo.[14]”

“el derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales”.[15]

Cabe señalar igualmente que la Corte Constitucional ha establecido en reiterados fallos la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños en desarrollo de los postulados contenidos en los artículos 13 y 48 de la Carta. Sobre el particular señaló:

“El derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente”[16].

“La protección del derecho fundamental a la salud de los niños, no sólo obedece al reconocimiento de su condición de sujeto de especial protección constitucional -dada la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran-, sino a la necesidad de que la familia, la sociedad y el Estado den cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad que orientan la construcción del Estado Social de Derecho”[17]

“La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de ‘fundamental’,[18] debe ser protegido de forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea vulnerado”.[19]

La anterior postura refleja cómo la Constitución buscó consagrar una diferenciación entre el

derecho a la salud y a la seguridad social de los niños frente a los demás asociados. Esta actitud corresponde, además, a la obligación que el constituyente impuso al Estado de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva.

En concordancia con esta línea jurídica, en la sentencia C-507 de 2004[20] la Corte reconoció que los derechos fundamentales de los niños se caracterizan por ser derechos de protección y que en tal sentido, implican la adopción necesaria de una serie de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Por tal razón, deben cobijar la esfera intelectual, afectiva, deportiva, social y cultural de los menores, como dimensiones que forman parte del desarrollo integral de la persona.

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal ha manifestado desde sus primeras sentencias que la protección a las necesidades de los menores con discapacidad, es en gran medida el desarrollo de los postulados de solidaridad y dignidad humana. Al respecto en la sentencia T-298 de 1994, expresó lo siguiente:

(...)

Los disminuidos físicos o mentales, en cierta medida, por su falta de autonomía, están inexorablemente supeditados a los demás, y si la sociedad no responde a su muda convocatoria de solidaridad, se ven abocados a su destrucción o a los padecimientos más crueles. Una sociedad democrática construida sobre el respeto a la dignidad humana, arriesga abdicar de sus propios principios y de toda pretensión de justicia, si desoye el llamado de sus miembros más débiles.”

En el mismo sentido recientemente la sentencia T-258A de 2012 determinó que:

“la salud y particularmente la de niños, niñas y adolescentes está erigida como derecho fundamental, siendo manifiesto el deber de protección especial cuando padecen de alguna situación de discapacidad, por virtud de los artículos 13, 44 y 47 de la carta, es posible reafirmar que el estudio que el juez de tutela efectúe sobre la viabilidad jurídica del otorgamiento de un tratamiento integral y/o especializado no incluido en el POS, encaminado a lograr la recuperación del niño en sus condiciones de salud, resultará mucho

menos estricto respecto del que se haría en caso de tratarse de un sujeto de derecho de otras condiciones”.

Como consecuencia de lo expuesto, se concluye entonces que la salud de los niños se erige como un derecho fundamental autónomo y que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra doblemente obligado a ofrecer todos los medios que se encuentren a su alcance para obtener la plena garantía de los derechos consagrados en el artículo 44 superior.

5. La validez del concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS. Reiteración de la jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el médico tratante es la persona idónea para determinar un tratamiento en salud. Además, por regla general, ha considerado que el concepto relevante frente a los tratamientos es el establecido por el galeno que se encuentra adscrito a la EPS encargada de garantizar los servicios de cada persona.

Sin embargo, se han establecido ciertas excepciones. En efecto, el concepto del médico tratante que no se encuentra adscrito a la EPS debe ser tenido en cuenta por dicha entidad siempre que se presenten ciertas circunstancias, entre estas se destacan:

“(i) En los casos en los que se valoró inadecuadamente a la persona.

(ii) 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.

(iii) Cuando en el pasado la EPS ha valorado y aceptado los conceptos del médico externo como médico tratante.

En desarrollo de lo anterior, este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-889 de 2010, en la que resolvió un caso en el que a la peticionaria le fue negado el procedimiento ordenado por un médico tratante no adscrito a su EPS, al que acudió después de haberse sometido a múltiples dietas sin resultado alguno:

“(...) 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”.

En el mismo sentido la Corte Constitucional, mediante sentencia T-931 de 2010, determinó en el caso de una paciente que acudió a un médico particular, quien le ordenó la realización de un bypass gástrico por laparoscopia que:

“al negar un servicio médico, mal pueden excusarse las entidades de salud en que dicho servicio fue ordenado por un médico no adscrito a la entidad, pues en estos casos corresponde a la entidad promotora de salud valorar inmediatamente al paciente con los médicos y especialistas que pertenezcan a su planta de profesionales, a fin de que el concepto del médico particular sea confirmado, descartado o modificado bajo criterios técnicos y científicos brindados por el personal profesional adscrito a la E.P.S.”

Siguiendo esa misma línea jurisprudencial en sentencia T-363 de 2010 este tribunal revisó un caso en el cual un médico no adscrito a la EPS de la accionante le ordenó un tratamiento de cámara hiperbárica. En ese caso la Corte Constitucional consideró que:

“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”.

Igualmente, esta Corporación ha expresado que si la EPS del paciente tiene conocimiento de la orden del médico particular, está en la obligación constitucional de someterla a consideración de sus propios especialistas para efectos de confirmarla, descartarla o modificarla.

“una EPS desconoce el derecho fundamental de una persona cuando niega el acceso a un servicio en salud que requiere bajo el simple argumento de que la orden médica no

proviene de un médico adscrito a dicha entidad”.[22]

Así las cosas, la orden de un médico tratante que no se encuentra adscrito a determinada E.P.S. no es por sí misma una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud. Ello puede convertirse en una barrera injustificada de acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento del dictamen, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o pueda resultar lesivo.

## 6. Principios que rigen la actividad médica respecto de menores discapacitados

### 6.1. El principio de integralidad respecto de tratamientos médicos.

De conformidad con la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, la seguridad social en salud en Colombia se rige por el principio de atención integral, lo que se ve reflejado en los contenidos del plan obligatorio de salud.

Según este principio las personas afiliadas al sistema de seguridad social tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que significa que las Empresas Promotoras están obligadas a prestar estos servicios a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos.[23]

En desarrollo de lo anterior, este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-654 de 2010:

“el principio de integralidad implica que la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones. En tal dimensión, el tratamiento integral debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”.

En el mismo sentido la Corte ha sido clara al señalar que en virtud al principio de integralidad, el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce únicamente al que está dirigido a obtener su curación, ya que la persona tiene derecho a recibir todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

“En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no sólo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas[24]”.

Igualmente esta corporación, mediante sentencia T-224 de 1997, ha reiterado que: “el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad.”

Lo anterior obedece a que la enfermedad no sólo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la relación existente entre la integralidad de prestaciones que deben suministrársele a un paciente y el deber de garantizar el mayor estado de salud posible a las personas discapacitadas, teniendo en cuenta que este lo constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades[25].

Visto esto, el principio de integralidad adquiere un carácter reforzado en materia de tratamientos a menores con discapacidad. Así lo consideró la Corte en sentencia T-179 de 2000:

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

Igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la necesidad de ordenar la práctica de tratamientos que contribuyan a la rehabilitación del menor, no deben anteponerse cuestiones de carácter administrativo o competencial. Sobre el particular en sentencia T-201 de 2007, reiterando el fallo T-862 de 2007, resaltó que: “(...) tratándose de menores con discapacidad el Estado tiene la obligación de brindar un tratamiento integral dirigido a alcanzar la integración social del menor. En esta medida, no solamente debe ofrecerse al infante todos los medios disponibles con el propósito de lograr su rehabilitación, teniendo en consideración, además, que este proceso puede tener ingredientes tanto médicos como educativos”.

En el mismo sentido se ha considerado que el principio de integralidad no solo está vinculado a tratamientos de carácter medicinal, ya que la rehabilitación maneja varios aspectos recreacionales, sociales y educativos. La sentencia T-087 de 2005 dijo al respecto:

“(..)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.”

Así las cosas, siguiendo este mismo precedente, en la sentencia T-920 de 2000 la Corte tuteló el derecho de unos menores afectados por parálisis cerebral y retardo mental, a quienes el ISS les suspendió el tratamiento de rehabilitación integral que les prestaba, para lo cual afirmó lo siguiente: “La existencia de la exclusión que señala el ISS-EPS no es objeto

de discusión. Con todo, cabe hacer distintas precisiones. Así, por una parte, no es claro que el tratamiento de rehabilitación que se prestaba a los menores no fuera necesario para el manejo médico de sus enfermedades y de sus secuelas. Sin embargo, podría aceptarse que la integralidad del tratamiento abarca elementos de distinto orden, con lo cual se hace difícil, sino imposible, ubicar la pertenencia del mismo a una determinada área de trabajo o del conocimiento”.

A la par este tribunal en desarrollo del principio de integralidad y en aras de resguardar la vida e integridad de las personas, ha dispuesto en reiteradas ocasiones que se garantice el acceso de las personas a los servicios de salud que requieren con necesidad, independientemente de si dichos tratamientos hace parte o no del POS.

Al respecto, mediante sentencia T-1022 de 2005 la Corte Constitucional fijó varias reglas que deben aplicarse a los pacientes que soliciten el acceso a servicios de salud que no estén incluidos en el POS:

“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.”[26] (...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,[27] como en el régimen subsidiado,[28] indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,[29] a la enfermedad que padece la persona[30] o al tipo de servicio que esta requiere.”[31]”[32]”[33]

La Corte Constitucional ha precisado que de cumplirse con los requisitos antes mencionados, la EPS en virtud del principio de integralidad se verá obligada a proporcionar

todas las medidas de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, así estas no se encuentren incluidas dentro del plan obligatorio de salud[34].

Así las cosas, se puede afirmar que tratándose de niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad, el derecho a la salud debe garantizarse de manera integral, aún respecto de aquellos tratamientos catalogados como no-POS, ya que este no solamente se circunscribe a la atención de una dolencia física sino que también incluye el concepto de bienestar en un sentido amplio con todos aquellos componentes que eleven el nivel de vida de las personas.

## 6.2. El principio de accesibilidad en la prestación del servicio[35].

El principio de accesibilidad fue explicado en la sentencia T-739 de 2004, como una de las obligaciones emanadas del Pacto de Derechos Civiles Económicos y Culturales a partir de la interpretación que su Comité ha hecho del mismo. Dijo entonces la Corte:

“La accesibilidad comprende, en criterio del Comité, (i) la prohibición que se ejerza discriminación alguna en el acceso a los servicios de salud, lo que conlleva, a su vez, la determinación de medidas afirmativas a favor de los sectores sociales más vulnerables y marginados, (ii) la necesidad que los establecimientos, bienes y servicios de salud, junto con la infraestructura de saneamiento básico estén uniformemente distribuidos en el territorio del Estado Parte, (iii) la obligación que las tarifas de acceso al servicio de salud estén fundadas en el principio de equidad, sin que la falta de recursos económicos se convierta en una barrera para el goce del derecho, y (iii) La posibilidad que los usuarios del servicio de salud ejerciten “el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”.”

En estos términos, cuando no es posible ofrecer el servicio en un determinado lugar, por ejemplo ante la carencia de infraestructura o la inexistencia del personal especializado, y el paciente debe trasladarse a otra localidad para recibir la atención requerida, este tribunal ha extendido la obligación de asumir los costos del transporte a las E.P.S, inaplicando varias disposiciones del Plan Obligatorio de Salud.

Sin embargo, la aplicación del deber de solidaridad no es absoluta. Existen situaciones en

las cuales este tribunal ha trasladado en cabeza del Estado dicha obligación. A manera de ejemplo, es importante tener en cuenta que mediante sentencia T-364 de 2005, asunto en donde un menor requería transportarse de la ciudad de Neiva a Bogotá para la práctica de un tratamiento con cardiólogo. Allí se señaló que:

“Existen situaciones en que la entidad prestadora se niega a suministrar los medios para que el paciente acceda al tratamiento, del cual depende la recuperación de su estado de salud y, a la vez, se comprueba de forma objetiva que tanto el usuario como su familia carecen de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del transporte.

En estas circunstancias se abre la posibilidad que sea el Estado quien financie el traslado, bien por sí mismo o a través de las entidades que prestan el servicio público de atención en salud, ya que, de no garantizarse el traslado del paciente se vulnerarían sus derechos fundamentales al privarlo, en la práctica, de los procedimientos requeridos, cuando de estos depende la conservación de su integridad física y el mantenimiento de la vida en condiciones dignas.

Sobre el particular, es decir sobre el deber de suministrar los gastos de transporte a un menor discapacitado que requiere terapias, esta corporación en un caso similar mediante sentencia T-1158 de 2001 manifestó:

“Tratándose de un inválido, la accesibilidad implica la superación de todo entorno hostil, lleno de obstáculos. Obstaculizar el acceso significa una afectación al derecho de igualdad, porque, como lo dice el Concepto europeo de accesibilidad[37]: “todas las personas tienen el mismo derecho a participar en actividades dentro del entorno construido”.

(...)

No existe accesibilidad si se programan, como en el caso materia del presente fallo, sesiones de fisioterapia, pero no se facilita la llegada e ingreso al sitio donde se va a efectuar tal tratamiento. Ordenar una fisioterapia, pero al mismo tiempo obstaculizar su práctica, afecta la seguridad social integral, que incluye, como es lógico, la accesibilidad a la atención.”

En conclusión, la seguridad social de los niños discapacitados, de conformidad a lo

manifestado en diversos tratados internacionales de derechos humanos, lleva implícito el concepto de accesibilidad, de lo contrario sería inocua cualquier orden que impartiera el juez de tutela respecto de un tratamiento o terapia que debido a su complejidad deba practicarse en centros especializados que se encuentren a grandes distancias del domicilio del accionante.

## 7. Caso concreto.

En relación con los hechos y el material probatorio solicitado por la Corte Constitucional, encuentra la Sala que el hijo de la accionante sufre de una enfermedad llamada “Epilepsia con retraso mental severo”, motivo por el cual un médico particular le prescribió un tratamiento integral consistente en la realización de: “terapias especializadas de neuro desarrollo, equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia, terapia asistida con perros, miofuncional, fonoaudiología basada en neuro desarrollo, neuropsicoterapia sistémica, terapia comportamental A.B.A, integración sensoriomotriz, psicopedagogía, terapia de lenguaje y terapia de familia.[38]”, estos procedimientos no han sido practicados por la EPS aduciendo su exclusión del POS, en virtud a su carácter educativo, y a que fueron prescritos por un galeno ajeno a COOMEVA.

Tanto el juez de primera como aquel de segunda instancia, negaron la protección invocada al considerar que en el expediente no obraba prueba alguna que permitiera determinar la violación de los derechos invocados.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procederá a analizar los aspectos probatorios del presente caso, para determinar posteriormente si en el sub examine es posible dar órdenes específicas a la EPS COOMEVA sobre la práctica de los tratamientos integrales.

### 7.1. Imposibilidad de tomar una decisión ante inexistencia de pruebas.

De manera categórica la Corte Constitucional ha reconocido el poder positivo que tienen los funcionarios judiciales cuando deben definir la existencia de una vulneración de derechos. Al respecto ha dicho: “el Juez de Tutela, como cualquier otro Juez de la República, está sujeto a las mismas reglas que rigen la práctica, valoración y apreciación de las pruebas en los demás procesos. Lo que ocurre es que en los procesos de tutela, no está sujeto a los estrictos y precisos límites fijados en la ley para cada uno de ellos, como al cumplimiento de

las exigencias formales allí establecidas”[39].

Esta sala considera que la consagración de un debido proceso constitucional al momento de valorar el material probatorio impide que el funcionario judicial en sede de tutela: (i) no evalúe las pruebas aportadas; (ii) desconozca el contenido expreso de las declaraciones incluidas en el expediente, (iii) ignore el alcance de las contestaciones aportadas en el trámite de la acción y (iv) no aplique las herramientas contenidas en el Decreto 2591 de 1991, específicamente la presunción de veracidad establecida en su artículo 20.

En el presente caso y contrario a lo decidido por los jueces de instancia, se evidencia que la accionante no aportó prueba alguna en el trámite de tutela. Sin embargo de conformidad a los documentos aportados por la EPS COOMEVA, se puede establecer: (i) el menor Albeiro Andrés Bautista Leal, es un paciente de 13 años de edad[40]; (ii) padece de una enfermedad llamada “retraso mental severo, epilepsia”[41] e (iii) ingresó al SGSS el 12 de junio de 2012, siendo COOMEVA la entidad responsable de su cuidado.[42]

(i) “la carga probatoria en el trámite de la acción de tutela, es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta. Este principio, alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados[43]”.

(ii) “la función del juez constitucional es privilegiar la protección de los derechos fundamentales que se enuncian como vulnerados. So pretexto de no cumplir con requisitos procesales, no puede olvidar el espíritu garantista que ilumina la acción de tutela”[44].

(iii) “en el trámite de la acción de tutela, se aplica el principio de la carga dinámica de la prueba según el cual - corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo-[45]”.

(iv) “cuando el juez de instancia solicita a los demandados rendir el informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991[46], en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de ese mismo decreto[47], si éste no es rendido dentro del plazo correspondiente - se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa-[48]”.

(v) “el juez de tutela debe decretar de oficio todas las pruebas pertinentes para establecer la vulneración del derecho.”[49]

En consecuencia, en el sub examine la Sala se aparta de las valoraciones realizadas por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías y por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar, al no solicitar las pruebas necesarias para lograr establecer la verdadera situación de salud del menor con discapacidad, desconocieron el deber de tomar medidas tendientes a garantizar los derechos de este sujeto de especial protección constitucional.

Si bien es cierto en este caso no se probó la existencia de una orden médica competente y justificada en la que se ordenaran los tratamientos, esto no impide que se protejan los derechos del menor Andrés Bautista Leal, de manera que se garantice la integralidad de sus servicios de salud.

Por tanto, esta Sala de conformidad a lo consagrado en el artículo 24 del Decreto-ley 2591 de 1991[50] y teniendo en cuenta que en el presente caso se está ante un menor con discapacidad (sujeto de especial protección constitucional reforzada), ordenará a COOMEVA que:

Adopte las medidas necesarias para un equipo interdisciplinario de pediatras, médicos y fisioterapeutas valoren al menor Albeiro Andrés Bautista Leal, con el fin de que estos determinen la pertinencia e idoneidad de practicar otros tipos de tratamientos que le permitan mejorar sus habilidades físicas, mentales y sociales. En caso de descartarlos, se deberán expresar las razones científicas que lo justifiquen.

## 7.2. Integralidad de los tratamientos aún en presencia de componentes educativos.

Si bien este tribunal determinó que debido a la ausencia de orden médica no se puede ordenar la ejecución de los tratamientos solicitados, es importante reiterar la obligación en cabeza de las EPS de verificar su necesidad y su utilidad en cada caso, en desarrollo del principio de integralidad, aun cuando estos tengan componentes educativos.

La Corte Constitucional considera pertinente resaltar la existencia de uno de los conceptos allegados a este tribunal, en el cual expertos en la materia determinaron la obligación de

las EPS de asumir estos tratamientos en virtud a su alto componente médico[51]. Sobre el particular la Decanatura de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes expresó ante la pregunta: ¿Existen estudios e investigaciones que permitan delimitar cuales de los tratamientos especializados anteriormente aludidos[52] pertenecen al campo de la medicina y cuales a la esfera de la pedagogía?

A ella contestó: “La respuesta es muy clara, la única intervención pedagógica corresponde a la del numeral (11) psicopedagogía, pero la psicopedagogía no es un tratamiento especializado, es una disciplina que junto con la educación especial realiza intervenciones pedagógicas en los niños con problemas de aprendizaje o de diferentes discapacidades, para el logro de las competencias requeridas para una vida lo más independiente posible[53]”.

Los otros tratamientos (que sí son médicos), responden a:

“un programa básico de Rehabilitación integral, y tiene las actividades de consulta por un especialista de Medicina Física y Rehabilitación (Médico Fisiatra), quien es el encargado de hacer el diagnóstico médico y de rehabilitación, así como de articular los objetivos terapéuticos con otros especialistas del área médica, y articularse con el equipo interdisciplinario de rehabilitación, conformado principalmente por las siguientes disciplinas. Terapia Física (para tratamiento de problemas de movimiento y postura), Terapia ocupacional (para favorecer independencia en actividades de vida diaria), Fonoaudiología o Terapia del Lenguaje (para favorecer los procesos de comunicación tales como lenguaje, el habla y la voz; así como para mejorar la regulación y los problemas de la voz), Psicología (para realización de pruebas de inteligencia y otras que sean necesarias), Trabajo Social (para favorecer los procesos de inclusión).

Cada uno de estos miembros del equipo de rehabilitación es un profesional de la salud, con un proceso formativo de en promedio diez semestres de formación, lo que garantiza su idoneidad para realizar terapias específicas, de acuerdo con los objetivos propuestos en el programa de rehabilitación integral.

(...)

Las técnicas de (2) equinoterapia; (3) acuaterapia (hidroterapia); (4) musicoterapia (que

hace parte de la llamada arte terapia); (5) terapia asistida con perros, son modalidades de intervención Terapéutica no convencionales que persiguen objetivos claros y específicos, todas estas tienen asociaciones internacionales que acreditan y garantizan estándares básicos de calidad y de seguridad en las intervenciones (en Colombia no hay una reglamentación de estas modalidades y cualquier persona puede abrir un centro para las mismas sin ningún medio de control)[54].

En este orden de ideas y de conformidad a lo expuesto anteriormente, las EPS son las entidades sobre las cuales recae la obligación de practicar los citados tratamientos de salud, ya que los tratamientos mencionados deben ser ejecutados por personal médico experto y capacitado.

Así mismo, es relevante exaltar que el problema aquí planteado ya fue analizado por las sentencias T-650 de 2009, T-855 de 2010, T-626 de 2009, T-391 de 2009, T-986 de 2008 y T-202 de 2004. Solo por mencionar los casos más relevantes, en la sentencia T-650 de 2009 la Corte ordenó a la EPS el tratamiento integral requerido a dos personas con similares padecimientos a los del menor Bautista Leal, obligándola a practicar las terapias de hidroterapia, musicoterapia, animalterapia y equinoterapia, previa valoración del médico adscrito a dicha entidad para determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento a realizarse.

Igualmente en sentencia T-650 de 2009 se resolvió un caso bajo los siguientes supuestos de hecho: (i) los accionantes presentaban un diagnóstico denominado autismo y déficit cognitivo; (ii) solicitaron la protección de sus derechos fundamentales ya que la respectiva EPS se negaba a autorizar la práctica de las terapias integrales que requerían con el único objeto de mejorar su salud; (iii) los argumentos de la solicitud radicaba en la imposibilidad económica de efectuar el pago de las mismas, ya que este procedimiento se encuentra por fuera del POS; además aducían que la respectiva EPS no tenía la infraestructura para atender niños con discapacidad.

En dicha providencia se resolvió proteger los derechos a la vida, salud e igualdad de los accionantes y se ordenó a la E.P.S. practicar las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requerían con necesidad[55].

Así las cosas, han existido pronunciamientos emitidos por esta Corporación en los que se

han estudiado supuestos de hecho similares a los que se debatieron en esta sentencia, por lo cual se debe ordenar a COOMEVA que dé aplicación a los precedentes jurisprudenciales emitidos por esta Corporación.

#### IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 20 de febrero de 2013, por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Valledupar, el que a su vez confirmó la negativa de derechos decretada por el Juzgado 2° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, mediante providencia del 12 de diciembre de 2012.

SEGUNDO.- ORDENAR a COOMEVA EPS que:

Adopte las medidas necesarias para que un equipo interdisciplinario de pediatras, médicos y fisioterapeutas valoren al menor Albeiro Andrés Bautista Leal, con el fin de que estos determinen la pertinencia e idoneidad de otros tipos de tratamientos que le permitan mejorar sus habilidades físicas, mentales y sociales, teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales contenidos en la sentencia T-650 de 2009 y T-392 de 2011, expresando las razones científicas que soportaron su decisión.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[2] Cuaderno principal - Folios 1 y 10.

[3] Cfr. Cuaderno principal - Folio 10.

[4] En el expediente no se evidencia sustentación de la misma.

[5] Por medio del cual se reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes con discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales, en el marco de la educación inclusiva

[6] Sentencias T-1030 de 2006, T-734 de 2011, T-500 de 2012, y T-141 de 2013.

[7] Aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

[8] Aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

[9] Artículo 13, Protocolo de San Salvador.

[10] Artículo 18, Protocolo de San Salvador.

[11] Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación.

[12] “Por medio del cual se reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes con discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales, en el marco de la educación inclusiva”.

[13] Sentencia T-826 de 2004.

[14] Sentencia T-408 de 1995.

[15] Sentencia T-893 de 2010.

[16] Sentencia T-540 de 2002.

[17] Sentencia T-998 de 2007

[18] Sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995 y T-117 de 1999.

[19] Sentencias T-610 de 2000, T-622 de 2000, T-1430 de 2000.

[20] En aquella ocasión le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 34 y 140, del Código Civil.

[21] Cfr Sentencia T-499 de 2012.

[22] Sentencia T-500 de 2007.

[23] Sentencias T-179 de 2000, y T-988 de 2003.

[24] Sentencia T-617 de 2000.

[25] Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York 19 de junio al 22 de julio de 1946.

[26] Sentencias T-1204 de 2000, T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007.

[27] Sentencias T-080 de 2001, T-591 de 2003; T-984 de 2004; T-086 de 2005.

[28] Sentencias T-868 de 2004; T-096 de 2005.

[29] Sentencias T-972 de 2001, T-280 de 2002, T-069 de 2005.

[30] Sentencias T-074 de 2005, T-505 de 1992, T-502 de 1994, T-271 de 1995.

[31] Sentencias T-395 de 1998, SU-819 de 1999, y T-597 de 2001.

[32] Sentencia T-1022 de 2005.

[33] Sentencia T-760 de 2008.

[34] Sentencia T-974 de 2010 “Recuérdese que tratándose de los niños y niñas con discapacidad, el derecho a la salud debe garantizarse de manera integral, aún respecto de aquellos tratamientos catalogados como no-POS”.

[35] Cabe señalar que según la jurisprudencia una de las facetas del derecho a la salud es la accesibilidad, la cual se materializa cuando el Estado realiza todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica la posibilidad de disponer de todos los medios e infraestructura requeridos por el paciente.

[36] Sentencias T-1158 de 2001 y T-364 de 2005.

[37] Ese concepto es resultado de una petición formulada por la Comisión Europea en 1987 y condujo a una Declaración que recibió el apoyo de todos los miembros del grupo directivo presente en Doorn, Países Bajos, el 2 de marzo de 1996.

[38] Cuaderno principal – Folio 1.

[39] Sentencia T- 321 de 1993.

[40] Folio 10, cuaderno 1.

[41] Folio 10, cuaderno 1.

[42] Folio 11, cuaderno 1.

[43] Sentencia T- 596 de 2004.

[44] Sentencia T -638 de 2011.

[45] Sentencia T-590 de 2009.

[46] ARTÍCULO 19. INFORMES. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de

enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad. El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.

[47] ARTÍCULO 20. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

[48] Sentencia T 596 de 2004.

[50] El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.

[51] Sobre el particular la intervención del Secretario de Educación Departamental del Cesar manifestó: “considerando que los tratamientos indicados corresponden a terapias de tipo médico, deben ser realizadas por personal experto, con conocimientos médicos y en general en diferentes áreas de la salud, conocimientos que lógicamente no ostentan los docentes”.

[52] Se refiere a tratamientos de: (1) terapias especializadas de neuro desarrollo, (2) equinoterapia, (3) acuaterapia, (4) musicoterapia, (5) terapia asistida con perros, (6) miofuncional, (7) fonoaudiología basada en neuro desarrollo, (8) neuropsicoterapia sistémica, (9) terapia comportamental A.B.A, (10) integración sensoriomotriz, (11) psicopedagogía, (12) terapia de lenguaje y (13) terapia familiar.

[53] Cuaderno 2 folio 54.

[54] Cuaderno 2 folio 52 al 55.

[55] Así mismo, mediante sentencia T-392 de 2011, este tribunal ordenó a SALUD TOTAL E.P.S. y a EMCOSALUD practicar procedimientos similares en un fallo que acumuló diversos casos en los cuales se solicitaba la práctica de tratamientos integrales que consistían en terapias de hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que se requerían con necesidad.