

Sentencia T-391-09

Referencia: expediente T- 2168121

Acción de tutela instaurada por Fanny Oliva Papamija Girón, en representación de su hijo Juan Felipe Papamija Girón contra la Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C. veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido en el asunto de la referencia dictado por Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Cali con Funciones de Control de Garantías, el treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008).

La señora Fanny Oliva Papamija Girón, en representación de su hijo Juan Felipe Papamija Girón presentó acción de tutela con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la igualdad presuntamente vulnerados por la Nueva EPS, por cuanto dicha Entidad niega el cubrimiento del costo del transporte con el propósito de que le sea practicado el tratamiento que requiere para enfrentar su enfermedad, con fundamento en que tales traslados no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud -POS-.

Hechos y pretensiones

1.- Manifiesta la accionante que su hijo Juan Felipe se encuentra afiliado al Sistema

de Seguridad Social en Salud como beneficiario desde el 7 de abril de 2006.

2.- El menor de dos años y medio de edad padece síndrome de down, cuyo tratamiento integral fue ordenado por medio de una acción de tutela anterior.

3.- Señala que es madre soltera, cabeza de familia y que carece de recursos económico para solventar todas las necesidades que tiene el menor discapacitado como consecuencia de su estado de salud.

4.- Pone de presente que, solía asistir todos los días a la terapias programadas a su hijo, no obstante en varias oportunidades se ha visto ante la imposibilidad de concurrir a la prestación del tratamiento ordenado por el médico tratante con la merecida frecuencia, pues carece de medios que le permitan desplazarse a la respectiva institución, razón por la cual muchas veces ha tenido que caminar con su niño en brazos, y en otras ocasiones ha tomado buses de transporte público que resultan muy incómodas para el traslado de su hijo discapacitado, ya que padece un retardo mental psicomotor.

5.- Solicita al juez constitucional, ordene a la Nueva EPS el suministro de un auxilio de transporte para ella y su hijo, a fin de que puedan movilizarse desde su residencia al sitio en donde se le practican las terapias y controles al niño Juan Felipe Papamija.

Intervención de la entidad demandada

6.- Una vez notificada la admisión de la tutela de la referencia, pudo evidenciarse que el término de contestación venció en silencio, sin pronunciamiento alguno por parte de la Nueva EPS.

Pruebas que obran en el expediente

7.- Copia del registro de nacimiento de Juan Felipe Papamija Girón (fl. 8).

8.- Copia del carné de afiliación a la Nueva EPS de Juan Felipe Papamija Girón.(fl 3).

9.- Copia de cédula de ciudadanía de Fanny Oliva Papamija Girón (fl 4).

10.- Informe de Evolución Fisioterapéutica del Centro de Neurorehabilitación SURGIR LTDA

de fecha de 7 de octubre de 2008, firmado por la señora Martha Isabel Arcila, fisioterapeuta, y Lorena Vargas Serna, fisioterapeuta. En dicho documento se hace constar que, Juan Felipe Papamija, quien tiene 2 años y 5 meses de edad, padece de síndrome de down y retraso del desarrollo psicomotor. Adicionalmente se señala que el menor se encuentra en las siguientes condiciones:

- * Realiza extensión de tronco en prono en bloque, anclándose para lograr el alcance de un objeto con miembros superiores (Ms Ss).

- * En supino se observa simetría y reja costal plana y superiorizada con costillas aladas en su parte inferior, además de cicatriz media en esternón por antecedente quirúrgico. Logra el manejo de la línea media con Ms Ss y rastreo visual de lado a lado.

- * Falta de adecuación activación de oblicuos abdominales y extensores dorsolumbares.

- * Presenta falta de adecuada escapular, que permite un adecuado control y ajustes posturales en diferentes posiciones.

- * Realiza rolidos por ambos lados.

- * Presenta buen interés por el medio ambiente e interacción con este.

Actualmente el paciente asiste regularmente al servicio de terapia Física, Terapia ocupacional y Fonoaudiología, tres veces a la semana, con intensidad de 2 sesiones diarias de fisioterapia. Durante el tiempo en que el paciente ha realizado su proceso de rehabilitación, se han observado los siguientes avances:

- * Ha mejorado la activación de oblicuos abdominales y extensores dorsolumbares, que le permiten una mejor coactivación del tronco en posiciones bajas e intermedias, y en la transición de éstas.

- * Ha mejorado notablemente también la estabilidad a nivel proximal en cinturón escapular y pélvico, que permite mejor control y realización de ajustes posturales en

posiciones bajas e intermedias.

* Utiliza la posición sedente para relacionarse con el medio mediante juegos, mejorando el balance de su tronco en los diferentes planos del movimiento.

* Comenzó a realizar el patrón de gateo como forma de desplazamiento hace aproximadamente 3 meses, además de la marcha lateral apoyado en superficies.

En Fisioterapia actualmente se desarrollan los siguientes objetivos de tratamiento:

* Continuar mejorando la activación de oblicuos abdominales y flexo extensores del tronco.

* Mejorar la estabilidad proximal en cinturón escapular y pélvico, que permita un mejor control del tronco y miembros superiores e inferiores en posiciones intermedias y altas hasta la marcha anterógrada independiente.

* Mejorar la realización de transiciones desde posiciones intermedias hasta bípedo, mejorando el control y ajustes posturales en éstas.

* Mejorar los ajustes durante la marcha lateral y lograr un patrón de marcha independiente.

Se recomienda para la adquisición de los objetivos planteados continuar con igual intensidad de tratamiento.(...)1 (Negritas fuera del texto original)

11.- Declaración juramentada rendida por la demandante.

El 21 de octubre de 2008, la peticionaria compareció ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Función de Pequeñas Causas de Cali, con el fin de llevar a cabo la diligencia de declaración para la cual fue citada.

Adicionalmente, indicó que por medio de derecho de petición de 11 de agosto de 2008 solicitó a la EPS demandada la prestación del servicio de transporte, no obstante, su requerimiento fue negado por no encontrarse dentro del POS.

De otra parte, puso de presente que Juan Felipe Papamija sufre de síndrome de down

desde su nacimiento, Además manifestó:

“El niño es operado del corazón y los doctores me recomendaron que no podía exponerse por que (sic) tenía defensas bajas. Eso es lo que digo yo no tengo para pagar transporte y me toca irme (sic) caminando hasta la EPS, muchas veces me coge el agua en la calle, por eso es que solicito ese servicio de transporte (...)”²

Aclaró que, el menor de edad está siendo visto por el neurólogo, cardiólogo, neumólogo, gastroenterólogo y el optómetra. De igual forma, el niño recibe terapias de neurodesarrollo y de baja visión. Dicho tratamiento es ofrecido en clínicas que encuentran lejos de su residencia por tal motivo le toca caminar varios kilómetros hasta llegar a la Clínica designada para prestar el tratamiento.

Manifestó que su núcleo familiar está compuesto por su hermana, sus hijos y su cuñado, además dijo que:

“Sus ingresos provienen de la ayuda de la gente de buena fe y de los mandados que le hago a la gente, yo no puedo trabajar por que (sic) tengo que estar pendiente de mi hijo todo el tiempo. Los gastos mensuales míos son de \$300.000 y eso que mi hermana es la que colabora dejándome vivir gratis y la comida (...) y el esposo es quien paga el arriendo, él trabaja en construcción”³

Sentencia judicial objeto de revisión

Fallo instancia única.

12.- El Juzgado Veintisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías, que obró como juez de conocimiento de la acción de tutela en única instancia negó el amparo de los derechos invocados, mediante sentencia proferida el treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008).

Manifestó el Juez que, en el caso concreto la acción de tutela resulta improcedente, toda vez que el menor Juan Felipe Papamija ha tenido una atención a tiempo, adecuada y oportuna para su patología. A su juicio la Nueva EPS ha garantizado la atención en salud del menor puesto que ha proporcionado las prestaciones tradicionales e inclusive los tratamientos las no tradicionales a fin de tratar la enfermedad que padece. Consideró el a

quo que “resultaría ilógico destinar recursos del estado a través del FOSYGA con el fin exclusivo de suministrarle a un solo paciente el servicio de taxi o ambulancia permanente”4.

13.- Por medio de escrito de once (11) de noviembre de dos mil ocho (2008) la accionante impugno la anterior sentencia, al considerar que la acción de tutela se interpuso con el propósito de solicitar el servicio de transporte a fin de continuar con el tratamiento ordenado a su hijo por el médico tratante, el cual resulta imposible llevar a cabo si no se cuenta con los medios económicos que permitan desplazarnos a la respectiva Institución prestadora del servicio.

Reitera que su hijo presenta síndrome de down y padece de otras enfermedades tales como: cardiopatía congénita, flujo gastrocefálico, baja visión entre otras. Así mismo, señala que en la actualidad se le está prestando el servicio de terapias de neurodesarrollo, paquete integral en SURGIR S.A. ENTIDAD VINCULADA A LA Nueva EPS.

El día trece (13) de noviembre de dos mil ocho (2008) se negó la procedencia del escrito de impugnación por extemporáneo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Nacional y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico

2.- A partir de los antecedentes expuestos, le corresponde determinar a la Sala de Revisión, si la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del menor Juan Felipe Papamija Girón, quien padece el síndrome de Down y Retraso del Desarrollo Psicomotor, al negarse a suministrar el transporte a fin de que éste pueda desplazarse a los lugares en donde se le realiza el tratamiento dispuesto por el médico tratante para manejar su patología.

3.- Con el fin de decidir el problema planteado, la Sala (i) estudiará el alcance del derecho fundamental a la salud de niñas y niños con discapacidad, (ii) luego, reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el cubrimiento de servicios de transporte de personas beneficiarias del Sistema de Seguridad Social en Salud -SGSSS- y (iii) resolverá el caso concreto.

Alcance del derecho fundamental a la salud de niñas y niños con discapacidad

4.- La Constitución Política de 1991 señala que los derechos los niños son de carácter fundamental y prevalecen sobre los derechos de las demás personas -art. 44-. De la misma manera, el Texto Fundamental consagra una protección especial a favor de niñas y niños, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión -art. 135-.

A partir de estos postulados, la Corte Constitucional ha afirmado que niños y niñas son merecedores de tratamiento especial y prioritario⁶. En efecto, según fallo C-615 de 2001 la fundamentalidad de los derechos de los menores configura un tratamiento privilegiado o de primacía de sus derechos sobre los de las demás personas. Igualmente, en su jurisprudencia ha destacado el principio pro infans, en virtud del cual cuando se presenten conflictos entre derechos o sea necesario coordinar éstos, debe conferirse prioridad a los intereses de los menores.

5.- En este contexto, existe una protección constitucional reforzada con respecto a niñas y niños cuando sufren alguna clase de discapacidad⁷, la cual tiene fundamento tanto en el artículo 13 del Texto Fundamental como en el artículo 47 del mismo. Dichas cláusulas generan para el Estado una obligación correlativa de implementar un trato favorable a aquéllos, es decir acciones afirmativas⁸ que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de desventaja.

6.- Por otra parte, resulta claro que el derecho a la salud de niñas y niños tiene carácter fundamental autónomo y puede ser garantizado mediante acción de tutela⁹, razón por la cual se crea para el Estado una obligación dirigida a implementar políticas públicas que permitan prestar servicios de salud a niños y niñas de manera prioritaria, expedita, y eficaz¹⁰.

Igualmente, el derecho a la salud de los infantes comprende tanto servicios incluidos

en planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos¹¹. En consecuencia, 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” ¹².

7.- Estas directrices son plenamente aplicables en relación con menores que padecen alguna forma de discapacidad. Adicionalmente, dada la protección constitucional reforzada de sus derechos fundamentales el Estado debe asegurar que se les brinde la totalidad del tratamiento previsto para su enfermedad¹³.

“Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse”.

Igualmente, en esta decisión se destacó que:

“ (...) 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).

9.- Esta protección especial a las personas con limitaciones físicas, psíquicas o sociales, se encuentra en armonía con instrumentos internacionales de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales -artículo 93 C.P.¹⁴-. Los mismos contienen principios y cláusulas de interpretación de derechos en situaciones que afectan a los menores y dentro de este grupo a quienes padecen alguna forma de discapacidad.

Así, pueden mencionarse, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que

prevé el principio de interés superior del niño (art. 3°)¹⁵, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶ que señala el derecho de los niños a recibir protección (art. 24)¹⁷, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸ que incluye el deber de brindar medidas de protección a favor de niñas y niños (art. 19).

En efecto, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece frente a los menores con discapacidad el derecho de los mismos a disfrutar una vida plena y en condiciones de dignidad, a recibir cuidados especiales, a recibir asistencia destinada a “(...) asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación (...)”.

Del mismo modo, el principio 5 de la Declaración de los Derechos del Niño establece que “el niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular”.

10.- En virtud de lo anterior, es posible concluir que el derecho fundamental a la salud de niñas y niños que padecen alguna forma de discapacidad debe ser garantizado por las empresas encargadas de proporcionar estos servicios de manera prioritaria y expedita. Así mismo, dada la condición de especial vulnerabilidad que enfrentan, las prestaciones que reciben del servicio público de salud deben responder a principios señalados en la Constitución Política y en instrumentos internacionales como el interés superior del menor y el deber de adoptar medidas especiales a su favor.

Adicionalmente, con el fin de cumplir el mandato constitucional e internacional frente a menores en situación de discapacidad, corresponde a las Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- implementar programas para que se permita al niño conseguir su rehabilitación y mayor integración en la sociedad.

Por ello, aún cuando en primer término es deber de la familia de un niño diagnosticado con invalidez o discapacidad apoyar a éste en su situación, el sistema de salud deberá concurrir con el fin de prestar todo el apoyo necesario y eficaz para su asistencia y recuperación. De esta manera, podrán hacerse efectivos los principios constitucionales de especial protección a niñas y niños.

Reiteración de jurisprudencia constitucional sobre el cubrimiento de servicios de transporte en el Sistema de Seguridad Social en Salud -SGSSS-

11.- En diferentes pronunciamientos esta Corporación se ha referido al reconocimiento de gastos de transporte solicitados por usuarias y usuarios de servicios de salud. En los mismos, ha analizado disposiciones legales así como condiciones particulares en virtud de las cuales las Entidades que participan en el Sistema General -SGSSS- deben asumir costos de traslado de pacientes o de éstos y sus acompañantes.

12.- La Corte ha reconocido que los gastos de transporte de pacientes deben ser sufragados en los casos previstos por la legislación vigente tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, a saber: el Acuerdo 72 de 1997 “Por medio del cual se define el plan de beneficios del régimen subsidiado”, literal d, artículo 7119 y la Resolución 5261 de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” 20.

13.- Igualmente, la jurisprudencia ha establecido que en principio la obligación de acudir a un tratamiento corresponde tanto al usuario o usuaria como a su familia²¹. No obstante, han sido identificadas ciertas situaciones en las cuales, corresponde a las entidades que participan en el Sistema cubrir gastos de transporte de pacientes y de sus acompañantes o desplazarse hasta el domicilio del paciente con el fin de que se garantice el derecho de accesibilidad a los servicios de salud y así mismo, la atención en salud de manera ininterrumpida²².

“la incapacidad económica de la familia de la niña impide que la menor acceda al tratamiento que se le ha ordenado puesto que no puede trasladarse de la casa de habitación al centro hospitalario. Impedir el acceso significa violación al derecho a la salud de la menor, en conexidad con los derechos a la vida, a la seguridad social y a la dignidad”.

La Corte se refirió de manera extensa al derecho de accesibilidad en materia de salud y señaló:

“la teoría contemporánea una de las facetas del acceso es la accesibilidad. La

accesibilidad materializa el derecho. Consiste en todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios y recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención a la salud y a la seguridad social.

“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: “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 (...)”.

Así mismo, mediante providencia T-786 de 2006, esta Corporación estudió un caso en el cual se solicitaba ordenar a la EPS cubrir el transporte un niño de un año y seis meses de edad y su acompañante a la ciudad de Bogotá con el fin de que le fuera realizada una intervención quirúrgica que requería. En sus consideraciones, la Corte declaró la carencia de objeto para pronunciarse, pues en el trámite de revisión fue acreditado que la familia del menor asumió autónomamente los gastos de traslado a Bogotá. Empero, reiteró los criterios jurisprudenciales en virtud de los cuales, las entidades que participan en el Sistema están obligadas a reconocer el servicio de transporte a sus pacientes y sus acompañantes e indicó:

“En consecuencia, el cubrimiento de los gastos de transporte para que un usuario pueda acceder al servicio de salud está sujeto a la capacidad económica del paciente y a sus capacidades físicas y mentales, pues en casos en los que se encuentren involucrados menores, discapacitados y personas de la tercera edad, se hace evidente que, además de la necesidad del cubrimiento del gasto de traslado a otra ciudad para sí mismos, es indispensable el cubrimiento de los gastos de desplazamiento de un acompañante, por parte de la E.P.S.

“Es entonces evidente que la obligación de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud supera los límites de la pura y elemental atención médica de los usuarios y, en

consecuencia, implica el análisis y la valoración integral de cada caso, atendiendo a la realidad física, social y económica del paciente, entre otros elementos, que permita identificar las necesidades y las garantías en salud que se le deben prestar, compromiso que se hace imperante en los casos en los que el usuario es un menor de edad”.

14.- De la misma forma, en relación con el traslado de acompañantes de pacientes que requieren servicios de salud la Corte se pronunció en fallo T-350 de 200323, en el cual precisó que:

“el acceso de la atención en salud de los menores de edad está íntimamente ligado con la accesibilidad, que materializa el ejercicio efectivo del derecho fundamental. Esta prerrogativa, al carecer los niños y niñas de la autonomía suficiente para desplazarse por sí solos al centro asistencial, incluye la necesidad de la asistencia de un acompañante durante el traslado, siendo la familia el principal obligado a tal prestación, por lo que el Estado, de forma directa o por medio de las entidades promotoras de salud o administradoras del régimen subsidiado, según el caso, sólo asume la responsabilidad de manera subsidiaria, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional”.

15.- Por ende, a la luz de la jurisprudencia constitucional, el suministro del servicio adicional de traslado de pacientes tiene la finalidad de asegurar que el esfuerzo prestacional realizado procure el acceso de las personas que, de manera efectiva, requieren la asistencia de estas entidades, pues de otra forma su aplicación irrestricta conduciría a una desconcentrada inversión de los recursos que, en últimas perjudicaría a los sectores de la población menos favorecida que reclaman atención prevalente.

Así, los supuestos que permiten concluir el deber de proveer el traslado de pacientes en casos no comprendidos en la legislación pueden ser resumidos de la siguiente manera: (i) el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1º y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida

digna²⁴ (ii) el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento²⁵ y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación²⁶.

16.- Por otra parte, con el fin de decidir sobre solicitudes de traslado de acompañantes, deben ser verificados tanto los requisitos de transporte de usuarios, arriba señalados como que se trate de personas con discapacidad²⁷, ancianos²⁸ o menores de edad que no pueden valerse por sí mismos²⁹.

17.- Por consiguiente, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o en virtud del principio constitucional de solidaridad a sus familiares. No obstante, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.

III. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

1.- La demandante Fanny Oliva Papamija Girón, en representación de su hijo menor Juan Felipe Papamija Girón, de dos años y medio de edad, quien padece Síndrome de Down, instauró acción de tutela contra la Nueva EPS, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de su hijo menor, con ocasión de la negativa de suministrar los gastos de transporte para efectuar el desplazamiento del infante, con el fin de que le sea practicado el tratamiento integral dispuesto por el médico tratante para el manejo de su patología.

2.- En el presente caso se encuentra demostrado que el niño Juan Felipe Papamija es beneficiario del régimen contributivo y que, de acuerdo con la afirmación realizada por la representante del menor, la cual no fue rebatida por la entidad demandada durante el trámite de la acción, está afiliado a la Nueva EPS desde el año 2006. Así mismo, según diagnóstico médico, el menor padece síndrome de down y de retraso del desarrollo psicomotor, razón por la cual recibe terapias físicas, ocupacionales y fonoaudiología en el Centro de Rehabilitación SURGIR LTDA. En efecto, de acuerdo con el informe presentado por el mencionado instituto, la realización de las correspondientes fisioterapias se

encuentran orientadas a la consecución de los siguientes objetivos:

- * Continuar mejorando la activación de oblicuos abdominales y flexo extensores del tronco.
- * Mejorar la estabilidad proximal en cinturón escapular y pélvico, que permita un mejor control del tronco y miembros superiores e inferiores en posiciones intermedias y altas hasta la marcha anterógrada independiente.
- * Mejorar la realización de transiciones desde posiciones intermedias hasta bípedo, mejorando el control y ajustes posturales en éstas.
- * Mejorar los ajustes durante la marcha lateral y lograr un patrón de marcha independiente

“se recomienda para la adquisición de los objetivos planteados constituir con igual intensidad del tratamiento”³⁰ (Negrillas fuera del texto)

3.- Dadas estas prescripciones médicas y con el fin de continuar con el tratamiento de su hijo, Fanny Oliva Papamija solicitó ante la Nueva EPS asumir el costo del traslado a las Instituciones encargadas de prestar a su hijo los servicios de salud para tratar la patología que padece correspondiente a las terapias, citas médicas y controles. Dichas expensas no le fueron suministradas por la entidad demandada con fundamento en que tal obligación no se halla incluida en el Plan Obligatorio de Salud.

4.- Debido a esta negativa, la madre del menor acudió ante la jurisdicción constitucional y solicitó que se ordenara a la Nueva EPS sufragar el costo del traslado a los sitios en donde recibe el tratamiento su hijo. Dicho amparo fue negado por el juzgado de conocimiento de la acción de tutela por considerar que la EPS accionada no tenía la obligación de suministrar el mencionado servicio, dado que se encontraba excluido del POS.

5.- En efecto, la Sala encuentra que la pretensión de la demandante va encaminada a que el juez de tutela ordene a la Nueva EPS asumir el costo de transporte que requiere el

menor Juan Felipe Papamija para trasladarse a las instituciones encargadas de prestarle la atención integral al menor ordenada por el médico tratante entre las que se destacan las terapias (física, ocupacional y de lenguaje), citas médicas, control, así como todo tratamiento integral dispuesto por el médico tratante.

6.- En el asunto objeto de revisión, son razones suficientes para que la Sala conceda la protección constitucional reclamada, el hecho de que se trate de un niño que goza de especial protección constitucional no sólo por ser menor de edad, sino por presentar una seria discapacidad constituida por las diversas enfermedades que padece desde su nacimiento, entre las que se destaca el síndrome de down y el retraso de desarrollo psicomotor, razón por la el médico tratante ordena asistir a terapias tres veces por semana, con intensidad de dos sesiones diarias de fisioterapia³¹.

7.- A partir de la declaración juramentada presentada el día 21 de octubre de 2008, se encuentra probado que la demandante no cuenta con respaldo económico suficiente para sufragar los gastos de transporte para movilizar a su hijo de un lugar a otro, pues es madre soltera y cabeza de familia, que debido a las condiciones en que se encuentra su hijo no puede trabajar, sino que en ocasiones obtiene algunos ingresos de “mandados” que le solicitan sus vecinos y de la colaboración de su hermana quien le proporciona vivienda y comida.

8.- Así las cosas y en relación con los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, es claro a partir de los elementos probatorios que hacen parte del expediente, que (i) las terapias física, ocupacional y de lenguaje dispuestas para el menor, así como las consultas médicas y controles son indispensables para garantizar sus derechos fundamentales a la salud y a la integridad física, en tanto que padece de síndrome de down y retraso del desarrollo psicomotor -; (ii) existe incapacidad económica para atender los requerimientos de transporte que demanda el menor, y (iii) que de no realizarse las terapias dispuestas, se ponen en peligro los derechos fundamentales a la a la salud y a la vida en condiciones dignas.

9.- Es claro que la oposición planteada por la E P S demandada no se ciñe al principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud. Adicionalmente y por las

carencias físicas que aquejan al menor, es lógico que sea necesario el acompañamiento de su madre para la realización de los procedimientos, en atención a que requiere cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas.

De esta forma, la Sala comparte en su integridad lo dicho en sentencia T-1158 de 200132, en el sentido de que [n]o 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.”

10.- Por las razones expuestas, la Sala Octava de Revisión estima que los requisitos dispuestos por esta Corporación se encuentran cumplidos, razón por la cual revocará la sentencia proferida por el Juzgado veintisiete Penal Municipal de Cali con Funciones de Control de Garantías el treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), que denegó por improcedente el amparo constitucional solicitado, y en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, ordenando a la Nueva EPS, que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, suministre al niño Juan Felipe Papamija Girón, por conducto de su representante legal, Fanny Oliva Papamija Girón, el valor del servicio especial de transporte de acuerdo con las condiciones particulares del menor, así como para una persona acompañante, con el objetivo de facilitar el desplazamiento en óptimas condiciones a las instalaciones en las cuales se presta el servicio médico integral requerido para la atención de su patología, el cual incluye, entre otras prestaciones, la realización de terapias física, ocupacional y de lenguaje.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava 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 veintisiete Penal Municipal de Cali con Funciones de Control de Garantías el treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna

del menor JUAN FELIPE PAPAMIJA GIRÓN.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Nueva EPS que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, suministre al niño Juan Felipe Papamija Girón, por conducto de su representante legal, Fanny Oliva Papamija Girón, el valor del servicio especial de transporte de acuerdo con las condiciones particulares del menor, así como para una persona acompañante, con el objetivo de facilitar el desplazamiento en óptimas condiciones a las instalaciones en las cuales se presta el servicio médico integral requerido para la atención de su patología, el cual incluye, entre otras prestaciones, la realización de terapias física, ocupacional y de lenguaje.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folios 5 y 6 del cuaderno 1.

2 Folios 15 y 16 del cuaderno 1.

3 Folio 16 del cuaderno 1.

5 En sentencia C-664 de 2006, la Corte destacó: “La jurisprudencia constitucional ha sostenido que los mandatos constitucionales de especial protección a la infancia tienen origen, entre otras razones, en la falta de madurez física y mental de los niños, circunstancia que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, y que hacen imprescindibles la adopción de medidas de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral y “proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad”.

6 Cfr. sentencia C-041 de 1994

7 En sentencia T-198 de 2006, la Corte definió los términos de discapacidad y minusvalía, así:

“17. Con la palabra “discapacidad” se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.

“18. Minusvalía es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra “minusvalía” describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad”.

8 Ver sentencia T-061 de 2006

9 Sobre el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños pueden verse sentencias T- 089 de 2007, T-086 de 2006, T-185 de 2006, T-227 de 2006, T-310 de 2006, T-518 de 2006, T-641 de 2006, T-754 de 2005.

10 Consultar sentencia T-405 de 2006

11 Consultar la sentencia T-799 de 2006

12 Artículo 24 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

13 Cfr. T-518 de 2006

14 El artículo 93 señala “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

“(…)”.

15 Aprobada por Ley 12 de 1991 “Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

16 Aprobado mediante Ley 74 de 1968

17 Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

18 Aprobada mediante Ley 16 de 1972 Artículo 19. Derechos del Niño “Todo niño tiene

derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

19 El Acuerdo 72, art. 1, literal d señala: “ARTICULO 1.- Contenidos del Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Subsidiado. El Plan Obligatorio de Salud Subsidiado comprende los servicios, procedimientos y suministros que el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza a las personas aseguradas con el propósito de mantener y recuperar su salud.

La cobertura de riesgos y servicios a que tienen derecho los afiliados al Régimen Subsidiado es la siguiente:

“(…) “D. Transporte de pacientes:

“1. Pacientes de alto costo: cubre traslado de los pacientes hospitalizados por enfermedades de alto costo que por sus condiciones de salud y limitaciones de la oferta de servicios del lugar donde están siendo atendidos, requieran de un traslado a un nivel superior de atención.”

“2. Urgencias. Se cubre el costo del traslado interinstitucional de los pacientes a otros niveles de atención cuando medie la remisión de un profesional de la salud”.

20 En relación con el régimen contributivo la Resolución 5261 dispone: “ARTICULO 2o. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.

“PARAGRAFO. El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de

residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio mas cercano que cuente con el. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”

21 Cfr. sentencias T-099 de 2006, T- 350 de 2003, T-467 de 2002, T-900 de 2002.

22 Mediante fallos T - 160 de 2001 y T- 889 de 2001, la Corte ordenó a entidades promotoras de salud realizar las visitas domiciliarias necesarias y requeridas por los pacientes con el fin de garantizar el derecho a la salud de los peticionarios.

23 El fallo fue reiterado en providencias T-003 de 2006 y T-975 de 2006.

24 Sentencia T-364 de 2005

25 Sentencias T-786 de 2006, T-861 de 2005, T-408 de 2005, T-197 de 2003, T-467 de 2002, T-900 de 2002, T-1079 de 2001.

26 Cfr. T-786 de 2006, T-861 de 2005, T-408 de 2005, T-197 de 2003, T-900 de 2002

27 En sentencia T-099 de 2006, la Corte ordenó a la EPS sufragar el traslado del usuario Gustavo Adolfo Sierra y de un acompañante. En sus consideraciones señaló: “por causa de la esquizofrenia que padece y su dependencia a medicamentos que debe tomar diariamente para el mantenimiento de su estabilidad mental, es una persona que requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, por lo que autorizará también el cubrimiento del traslado de un acompañante”.

28 Cfr. Sentencia T- 003 de 2006

29 Ver sentencias T-364 de 2005, T-408 de 2005.

30 Folio 6 del cuaderno 1.

31 Folio 5 y 6 del cuaderno 1.

32 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.