

Sentencia T-392/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE MENOR DISCAPACITADO-Reiteración de jurisprudencia

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL FIJADO EN SENTENCIA T-650/09

SERVICIOS MEDICOS NO INCLUIDOS EN PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Casos en que procede la orden de tratamiento integral

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DEL NIÑO-Orden para que se practique animal terapia, hidroterapia, musicoterapia y equinoterapia/ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de practicar terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia a menor

Referencia: expedientes T-2.914.531 y T-2.924.503.

Acción de tutela presentada por Claudia Patricia Barcelo García en representación de su menor hijo Andrés David Zarache Barcelo contra la EPS Salud Total; Dario Elías Cortes Vanegas y Rocio del Socorro Cortes Polania quienes actúan en representación de su menor hijo Luis Miguel Cortes Cortes en contra de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud EMCOSALUD respectivamente.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle, Luís Ernesto Vargas Silva, 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

En el trámite de revisión de la decisión adoptada en el expediente T-2.914.531 por el Juzgado Tercero (3º) Civil Municipal de Soledad (Atlántico) el diecisiete (17) de septiembre de dos mil diez (2010) y por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Soledad (Atlántico) el veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010); y en el expediente T-2.924.503 por el Juzgado Tercero (3º) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva (Huila) el diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010) y por el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito de Neiva (Huila) el dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010).

I. ANTECEDENTES.

1.1. - T-2.914.531

Hechos y pretensiones.

La accionante, actuando en representación de su menor hijo Andrés David Zarache Barcelo, instauró acción de tutela contra Salud Total E.P.S.. Considera que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la vida, salud e igualdad del menor.

Manifiesta que reside con su hijo en el municipio de Soledad - Atlántico. Afirma que el menor tiene 9 años, se encuentra afiliado al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario en Salud Total E.P.S.. Según diagnóstico médico padece "retardo psicomotor leve hipoxia perinatal". Sostiene que la entidad accionada posee precarios tratamientos para su enfermedad, y requiere el suministro de servicio integral terapéutico en hidroterapia, animalterapia, equinoterapia y musicoterapia para tratar dicha patología, el cual se encuentra excluido del POS.

La situación fáctica del expediente de tutela es la siguiente:

1.- Indica la accionante que es madre cabeza de familia, quien se dedica a las labores del hogar, tiene a su cargo tres hijos. Sostiene que su hijo presenta un desarrollo mental muy inferior a su edad cronológica, denota ser una persona especial que le impide comprender y comportarse adecuadamente, es dependiente completamente de su madre y de los profesores y, su desarrollo motriz, mental y psicológico le genera dificultades para acatar y recibir órdenes.

2.-Sostiene que, ha observado que otros niños con similares patologías como la de su hijo reciben los tratamientos a través del CENTRO DE CAPACITACION ESPECIAL “CENCAES”, IPS que no está adscrita a su EPS, y con el tratamiento integral de equinoterapia, animalterapia, hidroterapia, musicoterapia, terapias ABA denota una ayuda para lograr el avance en salud de su hijo.

3.- Manifiesta que su hijo requiere de un servicio terapéutico integral e intensivo que presta “CENCAES” pero éste sólo se realiza con la respectiva autorización de la EPS, ya que dicho tratamiento que consiste en la práctica de varias terapias antes mencionadas procura mejorar la salud del menor. Asegura que el menor puede tener un nivel de vida digno, ya que con la práctica de éstas se busca estimular la función motora, sensitiva, sensorial y cognoscitiva del menor.

4.- Afirma que intentó conseguir que la EPS autorizara las terapias antes referidas que presta la IPS CENCAES por la cercanía a su domicilio, y por la ayuda a la patología que padece su hijo, pero la EPS se niega a autorizarlas porque hacen parte de las exclusiones y limitaciones del POS y por lo tanto debe asumir el costo económico que en la actualidad no puede sortearlo, ya que se encuentra en una situación económica difícil por cuanto es madre cabeza de familia sin un trabajo estable y a cargo de dos hijos además del menor Andrés David.

5.- Con todo lo dicho, considera la accionante que la EPS desconoce que la atención para los niños discapacitados debe ser integral y que los derechos fundamentales previstos en la Constitución Política y en el Código del Menor deben ser garantizados y que en la actualidad su hijo se encuentra en una situación de indefensión, ya que padece retraso en su desarrollo psicomotor y con la negativa de la EPS a autorizar dicho tratamiento integral trunca el avance y la mejoría de su salud.

Con fundamento en lo expuesto, la accionante solicita la tutela de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por Salud Total E.P.S., solicitando que (i) la entidad demandada autorice la prestación de los procedimientos terapéuticos no POS de ciento cuarenta (140) terapias integrales (equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia) como de las terapias técnica ABA en la IPS Centro de Capacitación Especial “CENCAES” de manera permanente e intensiva, por cuanto puede presentar desarrollos

positivos en su salud y al estar cerca de su domicilio; (ii) exonere de los copagos, de la cuota moderadora y (iii) se ordene a Salud Total EPS a recobrar o repetir por los gastos que demande el menor con ocasión del cumplimiento de la tutela en el Centro de Capacitación al FOSYGA.

1.2.- T-2.924.503

Hechos y pretensiones.

Los señores Darío Elías Cortes Vanegas y Rocío del Socorro Cortes Polania quienes actúan en representación de su menor hijo Luís Miguel Cortes Cortes instauraron acción de tutela con el objeto de que se le protejan sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas con base en los siguientes hechos:

1.- Afirman que su hijo de diez años de edad, se encuentra afiliado desde el año 2000 en la Unión Temporal Surcolombiana, entidad que presta el servicio de salud a los beneficiarios del régimen excepcional del magisterio en la EPS EMCOSALUD. Sostiene que el menor padece “síndrome de Cornelio de langue hipoxia neonatal retraso psicomotor”. Respecto a su patología ha sido valorado por diferentes especialistas en el área de pediatría, neuropediatría y otras especialidades sin que la EPS le brinde un tratamiento acorde a sus necesidades.

2.- Manifiestan que al tener conocimiento que Comfamiliar Huila cuenta con programas de natación para discapacitados decidieron que su hijo tomara dicha alternativa a fin de obtener mejoría en su aspecto motriz, ya que requiere de muchas otras actividades para que tenga un buen resultado. Sin embargo, la EPS sólo ha autorizado un número deficiente en terapias ocupacionales y del lenguaje que en su sentir no son suficientes para que el menor obtenga habilidades mínimas en salud requeridas para que tenga una calidad de vida optima como es: control de esfínteres, hábitos alimenticios, desarrollo en el lenguaje lo que hace que el menor sea totalmente dependiente de sus padres en todo aspecto.

3.- Teniendo en cuenta todas las dificultades que presenta el menor, los padres manifiestan que decidieron averiguar que IPS presta los servicios de manera integral y encontraron que la IPS -TALLER PSICOMOTRIZ PASSUS presta un servicio integral que requiere Luís Miguel. Así, acudieron a dicha IPS a efectos de que hiciera una valoración al menor determinando la necesidad de un tratamiento intensivo, integral, conductual y reeducativo para que el menor

pueda interactuar socialmente y mejore su calidad de vida.

4.- Con la valoración antes referida, los padres del menor se acercaron el 8 de junio de 2010 a la EPS a fin de obtener la autorización de las terapias integrales permanentes preferiblemente en la IPS- TALLER PSICOMOTRIZ PASSUS ordenadas por su médico pediatra adscrito a la EPS. Indicaron que según lo dispuesto en el artículo 14 numeral 5 del Decreto Reglamentario 1485 de 1994 el usuario tiene la libre escogencia de las instituciones prestadoras de salud a efectos de obtener un mejor servicio.

5.- Sin embargo, la respuesta de la EPS fue negativa al considerar que a través de la IPS EMCOSALUD se le está prestando al menor el tratamiento requerido de manera integral para su patología, lo que en el sentir de los padres es completamente errado, ya que únicamente recibe tratamientos de lenguaje y terapias ocupacionales que según el pediatra en dos ocasiones ha manifestado la necesidad de terapias integrales permanentes y que la IPS EMCOSALUD no presta al menor.

6.- Con todo lo dicho, sostienen los padres del menor que la EPS EMCOSALUD no ha ordenado el tratamiento integral indicado por el pediatra adscrito a la EPS ya que lo requiere de manera urgente a efectos de mejorar la calidad de vida del menor Luís Miguel.

2. Intervención de las entidades demandadas

2.1.- T-2.914.531

SALUD TOTAL EPS a través de su representante judicial en salud solicita como petición principal que se declare la improcedente la acción de tutela de la referencia al considerar que lo pretendido por la accionante no obliga a la entidad a proteger derecho fundamental alguno al considerar que una vez verificados los servicios prestados por dicha EPS, no se encuentra peligro o amenaza la salud del menor Andrés David por omisión o actuación de la EPS, ya que lo que se pretende es la garantía del derecho a la educación, prestación que no tiene competencia Salud Total EPS.

Consideró que lo solicitado por la accionante no debe ser prestado por Salud Total EPS, pues el servicio requerido por los padres del menor no fue ordenado para la recuperación de su salud, sino para el aprendizaje de todas las técnicas para poder desenvolverse en su

cotidiano vivir.

Afirma que, todos los servicios ordenados por sus médicos tratantes adscritos a la red han sido debidamente autorizados. Sostiene que, el menor presenta un diagnóstico de “genopatía en estudio”, y según reposa en su historia clínica asistió por primera vez al servicio de pediatría el 25 de febrero de 2008 donde se le diagnosticó “paciente con retardo del desarrollo e hiperactividad” por lo que se remitió a neuropsiquiatría pero el paciente no asistió a la consulta autorizada y asignada por Salud Total EPS.

De manera posterior, se consideró la valoración por fisiatría, psicología y psiquiatría infantil servicios que fueron autorizados por la EPS, pero al verificar el sistema, el paciente no continuó asistiendo a tales valoraciones y a la valoración de fisiatría a través de la IPS ISSA ABUCHAIBE. Además sostiene la pertinencia que el paciente sea valorado por psiquiatría infantil, a efectos de evaluar el estado actual de salud del paciente para determinar qué genopatía presenta para dar el manejo médico indicado en la IPS de la red.

En este orden de ideas, los servicios de salud requeridos por la accionante para el manejo de la patología de su hijo, esto es, equinoterapia e hidroterapia no han sido ordenados por los médicos especialistas que manejan al paciente. Considera la apoderada de la EPS que son servicios educativos y que no hacen parte del derecho fundamental de la salud y aquellos deben ser brindados a través de la Secretaría de Educación.

A su vez hace referencia al Decreto 366 del 9 de febrero de 2009 que reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de estudiantes con discapacidad en el marco de la educación inclusiva, el que además señala que la Secretaría de Educación es la competente para brindar educación integral a las personas con discapacidad. Con todo lo dicho, sostiene la EPS que se compromete a continuar prestando al menor Zarache los servicios de salud para él requeridos como terapias del lenguaje, físicas y ocupacionales en la IPS habilitada para ofrecer los servicios de salud y que se encuentran dentro de la red de prestadores de servicios de esa entidad.

2.2.- T-2.924.503

Consideró además que los servicios solicitados están siendo prestados de manera oportuna y como corresponde, esto es, se le están realizando las terapias con los profesionales especializados (terapias del lenguaje, ocupacional, físico), así como el manejo por psicología sin que repose dentro de la historia clínica un soporte médico en el cual el especialista tratante, perteneciente a su red de servicios de salud ordene otro tipo de terapias.

En consecuencia, sostiene que, debe existir previamente una orden del cuerpo médico de la IPS adscrita a fin de poder derivar de ellos las autorizaciones respectivas. Así, solicita que se declare improcedente la acción de tutela impetrada por cuanto el menor ha gozado de los servicios médicos que la empresa le ofrece sin dilación alguna.

3. Decisión judicial objeto de revisión.

3.1.- T-2.914.531

3.1.1.-Primera Instancia

El Juzgado Tercero (3°) Civil Municipal de Soledad-Atlántico, en sentencia del diecisiete (17) de septiembre de 2010 tuteló los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la dignidad del menor Andrés David Zarache. Manifestó que en este caso es evidente que el menor presenta un diagnóstico clínico de déficit cognitivo, y para el caso es igual a un retraso en su aprendizaje y desarrollo motriz y psicomotriz.

Así considera que no son de recibo las afirmaciones de la entidad accionada, sobre el desconocimiento que hace de los criterios médicos de los particulares, cuando es de público conocimiento que los médicos adscritos a la EPS, se encuentran muy limitados con respecto a lo autorizado por el POS, lo que conlleva a concluir que se abstienen muchas veces de ordenar lo que realmente necesita el paciente, y que un particular si puede hacerlo, pues se enfoca más a la realidad que vive el usuario y no depende de reglamentos y acuerdos establecidos para estos casos.

Además indicó que:

“Por otra parte, también es muy real que la accionante no posee los recursos económicos

necesarios, tal como quedare establecido, pues no fue desvirtuado por la accionada, para colocarlas en un plan donde tendría que solicitar diversas citas con especialistas, que no atienden en este municipio, teniendo que trasladarse a la ciudad de Barranquilla, lo que le ocasionaría un detrimento aún mayor del que ya goza en su economía, y si es posible concluirían que no es necesario las terapias para la niña (sic), perdiendo así todo el tiempo que ya ha ganado en la Institución donde se le esta brindando el servicio. En consecuencia se concederá a la EPS SALUDTOTAL EPS, el término de cuarenta y ocho (48)(sic) contados a partir de la notificación de éste proveído, para que realice los trámites pertinentes a fin de resolver de fondo la situación de la accionante, es decir, de su menor hijo ANDRÉS ADVID ZARACHE BARCELO en la IPS CENCAES proporcionándoles las terapias EQUINOTERAPIAS, ANIMALTERAPIAS, HIDROTERAPIAS, MUSICOTERAPIAS, TERAPIAS ABA, SICOLOGIA Y FONOAUDIOLOGÍA, asumiendo COOMEVA EPS (SIC) el costo económico y recobrando el costo de estas a el FOSYGA, además de eximir de los copagos y cuotas moderadoras para poder acceder a estos servicios, dado que el accionante manifestó no tener capacidad de pago para asumir el costo del tratamiento con el fin de superar su discapacidad. (...)”

3.1.2.- Segunda Instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad Atlántico en providencia de veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010) resolvió revocar el fallo de tutela del a quo al considerar que dentro de las pruebas que obran en el expediente reposa un documento emitido por el Comité Técnico Científico de la IPS-CENCAES, firmado por varios profesionales de la salud entre ellos el doctor David Dancur Baldovino documento que al verificarlo no tiene certeza sobre la patología precisa que padece el menor y que dicho Comité no pertenece a la entidad accionada sino a una IPS que no tiene contratada Salud Total EPS. Sin embargo, dicha IPS recomienda el tratamiento de 160 terapias integrales de EQUINOTERAPIA, ANIMALTERAPIA, HIDROTERAPIA Y MUSICOTERAPIA, TERAPIAS ABA que le permiten un avance en el desarrollo del niño.

Además sostuvo el juez de segunda instancia que:

“ (...) Ahora no puede el juez constitucional con la simple afirmación de la accionante de que la entidad educativa a la que desea que su hijo acceda, presta un buen servicio, ordenarles a la EPS que contrate con instituciones (IPS) con las cuales no tienen convenios, es decir, que

no estén en su lista de proveedores o prestadores del servicio, por cuanto, por una parte esto sería ir en contravía de la ley y de los reglamentos internos de estas entidades y por otra parte no ha demostrado que el Centro de Capacitación CENCAES, haga parte de la red de prestadores de servicios de SALUDTOTAL E.P.S. (...) En todo caso, en atención a la patología que presenta el menor y en razón a que se demuestra en el expediente de que venía siendo evaluado por la entidad y que en la presente anualidad no se le ha llevado seguimiento por las entidades de SALUDTOTAL E.P.S. se hace necesario que este despacho ordene a los padres de la menor (sic) que lo lleven a la EPS SALUDTOTAL , para que allí sea atendido por los médicos y tratamientos que prescriba el médico tratante o una Junta Médica si así lo consideran pertinente, valore la situación del menor a fin determinar cuál es el tratamiento idóneo que debe serle aplicado para lograr el mejoramiento de su estado psicomotriz- cognitivo- comportamental; quedando la EPS SALUDTOTAL facultada para repetir ante el FOSYGA con relación a aquellos medicamentos y tratamientos que deba suministrar a la (sic) menor de la referencia, que no se encuentren incluidos en el POS. (...)”

3.2.- T-2.924.503

3.2.1.- Primera Instancia

El Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva (Huila) en providencia de diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010) no tuteló los derechos invocados por los accionantes al considerar que el menor ha recibido a través de la IPS ECOMSALUD los tratamientos de terapias de lenguaje, ocupacional y física en el centro de terapias de EMCOSALUD.

Sostiene que se ha dado continuidad al tratamiento prescrito por el especialista pediatra quien es el encargado de determinar que y cuál es la intensidad de cada terapia, sin que se le esté restringiendo el accesos a la salud, situación que obligo a concluir al juez de instancia que si no se ha ordenado las hidroterapias, musicoterapias y equinoterapias es porque el médico tratante dispuso que las terapias que presta el Centro de Terapias de EMCOSALUD es el más tratamiento adecuado.

El Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito Distrital de Neiva (Huila) en providencia de dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010) confirmó de manera integral el fallo de tutela del a quo al considerar que para que proceda el amparo a través de este mecanismo subsidiado se

requiere la negación de la empresa promotora de salud a suministrar lo pretendido; más aún si está contenido en el POS, para determinar que se está vulnerando derecho fundamental alguno.

En este sentido, el juez de tutela sostuvo que no puede dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida. Así las cosas, considera el juez de segunda instancia que no se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para conceder el amparo solicitado, ya que es al médico tratante del menor quien le corresponde determinar cuál es el tratamiento idóneo y procedente para tratar la patología que padece el menor Luís Miguel.

5. Pruebas relevantes que reposan en los expedientes.

5.1.-T-2.914.531

-.Copia del registro civil de nacimiento de menor Andrés David Zarache Barcelo identificado con NUIP 03W0252365 (Folio 13 cuaderno principal).

-. Copia de la tarjeta de identidad No. 1.001.878.384 del menor Andrés David Zarache Barcelo (Folio 14 cuaderno principal).

-. Copia de la Historia Clínica del menor Andrés David Zarache Barcelo emitida por el Hospital Universitario Cari (Folios 15 a 19 cuaderno principal).

-. Copia del Informe del Comité Técnico Científico integrado por el doctor David Dancur (neuropediatra), Laura López de León (fonoaudióloga), Yully González M (psicóloga), Milena Mendoza (fisioterapeuta) y Rubi Espitia (madre de familia), emitido por la IPS CENCAES de septiembre de 2010 donde se resalta:

“(…) paciente de 9 años de edad, quien ingresa a CENCAES IPS, acompañado de su madre para valoración interdisciplinaria y se evidencia que al realizar la historia clínica la madre suministra los siguientes datos: el paciente está escolarizado actualmente en el grado de segundo pero con notables dificultades escolares. Ha recibido terapias anteriormente de fonoaudiología, terapia ocupacional y terapia física, el diagnóstico que le dio el neuropediatra es retraso psicomotor y problemas de conducta; no está medicado actualmente, pero tomo un medicamento anticonvulsionante porque presentaba comportamientos alterados activos

(rabia), las cuales eran muy fuertes; no tiene una dieta específica y no sufre de alergias. (...) Al realizarle una evaluación física y comportamental y durante la misma se evidencia lo siguiente: su nivel de atención en ocasiones no es el adecuado ya que ante una llamada en ocasiones realiza y mantiene contacto visual, termina una actividad o juego y se le dificulta centrar su atención en las instrucciones que se le da. Con relación a su proceso comunicativo el niño en su lenguaje comprensivo responde y atiende al llamado de su nombre pero no al de su edad, en ocasiones acata y ejecuta órdenes sencillas, se le dificulta reconocer e identificar el campo semántico de los colores, animales, partes de la cara el cuerpo de la casa no identifica objetos, lo cual desfavorece su vocabulario. En su lenguaje expresivo no reproduce sonidos onomatopéyicos, su estructura y categorías gramaticales no son adecuadas afectando de cierta manera la capacidad de análisis y síntesis de la información que recibe. El estado de sus órganos fonoarticuladores es adecuado para su edad, y en cuanto a su audición se le realizó una otoscopia observándose normal en ambos oídos. (...) A nivel motor presenta alteración de la coordinación y el equilibrio estático y dinámico, uso inadecuado del esquema corporal, postura y marcha, así como de las destrezas motoras, alteración de la propiocepción y literalidad. En la postura se pudo observar aducción de hombros, concavidad a nivel del esternón, disminución de los flancos, aumento de la base de sustentación (...) RECOMENDACIONES Iniciar tratamiento intensivo y permanente en terapia comportamental ABA, 160 sesiones terapéuticas mensuales, para trabajar habilidades deficientes (autoayuda, comunicación, motoras). Utilizar las terapias integrales como: equinoterapia, hidroterapia y animalterapia, para el beneficio y desarrollo del paciente. Brindarle consejería y asesoría a padres y /o cuidadores. (...)” (Folios 20 a 23 cuaderno principal).

-. Copia del concepto médico emitido por el doctor Nicolás J. Laza Gutiérrez en calidad de neuropediatra el 16 de septiembre de 2010, respecto a la patología del menor Andrés David Zarache (Folios 44 a 46 cuaderno principal)

-. Copia de la historia clínica del menor Andrés David Zarache Barcelo emitido por la EPS Salud Total (Folios 47 a 56 cuaderno principal).

5.2.- T-2.924.503

-. Copia del registro civil de nacimiento del menor Luis Miguel Corte Cortes con NUIP No.

K2W0250358. (Folio 6 cuaderno principal).

-. Copia de carné de afiliación a la unión temporal sur colombiana No. 36181173 del régimen excepcional en salud del magisterio respecto del menor Luís Miguel Cortes Cortes (Folio 7 cuaderno principal).

-. Copia de la certificación emitida el 12 de octubre de 2004 por el jefe de división de salud de EMCOSALUD en la que hace constar que revisada la historia clínica del menor Luís Miguel Cortes Cortes se encuentra registrado el diagnóstico de SINDROME DE CORNELIA DE LANGE, síndrome de origen congénito (Folio 8 cuaderno principal).

-. Copia de la valoración efectuada por PASSUS al menor Luís Miguel Cortes Cortes donde se resalta:

“(…) paciente dependiente en actividades básicas cotidianas, por importante compromiso cognitivo, déficit de integración sensorial por inmadurez en sistema nervioso central. PLAN TERAPEUTICO * ingreso a programa integrativo interdisciplinario intensivo, en sede para facilitar proceso de desarrollo acorde a su edad cronológica y mental. * mejorar su funcionamiento motor grueso y fino. (...) * Involucrar en actividad de hidroterapia y equinoterapia para fortalecer grupos musculares, coordinación, balance y postura. Conclusiones. En análisis evidencia que es candidato para intervención diaria durante por lo menos un año en modalidad de tiempo completo, en el programa denominado TRATAMIENTO INTENSIVO, INTEGRATIVO, CONDUCTUAL Y REEDUCATIVO, toda vez que se demuestra durante el período de evaluación llevado a cabo que hay un retraso en el desarrollo psicomotor y cognitivo el cual interfiere en su vida cotidiana y/o desempeño habitual. Luís Miguel tendrá la intervención durante su tratamiento por las áreas de terapia física, terapia ocupacional, terapia de lenguaje, educación especial, pedagogía, musicoterapia, talleres vocacionales, hidroterapia y equinoterapia. En conclusión si el niño no recibe de manera integrativa las posibilidades que le brinda una metodología conductual integrativa y reeducativa, es muy posible que tenga mayores dificultades para lograr niveles básicos de interacción social y de calidad de vida. Luís Miguel requiere intervención diaria de lunes a viernes en jornada completa de (8:00 am a 4:00 pm) (...)” (Folios 12, 13 cuaderno principal).

-. Copia de la historia clínica del menor Luís Miguel Corte Cortes emitida por EMCOSALUD

(Folios 22 a 167 cuaderno principal).

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente 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 Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta le corresponde determinar a esta Sala si la circunstancia de que Salud Total E.P.S. y EMCOSALUD E.P.S., no accedan a la práctica de procedimientos terapéuticos no POS consistentes en terapias denominadas equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia, las cuales requieren los menores Andrés David Zarache Barcelo y Luís Miguel Cortes Cortes, para tratar la discapacidad que padecen (retardo psicomotor leve hipoxia perinatal y síndrome de Cornelio de langue hipoxia neonatal respectivamente), bajo la consideración de que no han sido ordenadas por un médico tratante adscrito a la citada entidad, es una razón constitucionalmente admisible para desconocer derechos fundamentales de sujetos especialmente protegidos por la Constitución Política.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia a (i) el derecho fundamental a la salud de los niños con discapacidad y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia; (ii) la protección constitucional para las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, en los ordenamientos constitucional e internacional. Reiteración de jurisprudencia; (iii) precedente jurisprudencial fijado por esta Corporación en sentencia T-650 de 2009; (iv) los supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro de servicios médicos no incluidos en el plan obligatorio de salud y (v) el caso concreto.

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

La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en señalar que el derecho a

la salud tiene raigambre de derecho fundamental susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, inclusive en aquellos casos en que éste se encuentra en pugna otro u otros derechos tales como la vida o a la integridad personal.

El artículo 44 de la Constitución Política determina varios derechos, entre ellos el de la salud de los niños, cuya protección en el caso de los niños son de carácter 'fundamental'¹, y debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los eventos en que sea vulnerado en razón a que el Constituyente quiso rodear a la niñez, dada su natural indefensión y la esperanza que simboliza para la sociedad, de una especial protección.

Al respecto es importante señalar que las personas que se encuentran en situación de discapacidad tiene una protección especial reforzada del Estado, así en el artículo 13 superior dispone que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan. Al igual el artículo 47 superior consagra que el Estado debe 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.

El alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos² los cuales hace parte el Estado Colombiano.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

El más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado, lo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14 (2000) acerca 'el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud'. De manera clara y categórica, la Observación General N° 14 (2000) establece que 'la salud es un

derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos'. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está 'estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos', refiriéndose de forma específica al 'derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación'. Para el Comité, 'esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud'.³

El artículo 12, PIDESC, contempla ámbitos de protección específicos del derecho a la salud, los cuales son precisados por el Comité en su Observación General N°14 (2000). Así, se pronuncia sobre lo que implica (1) garantizar 'la salud infantil, materna y reproductiva',⁴ (2) el deber de mejorar 'la higiene ambiental e industrial';⁵ (3) la 'lucha contra las enfermedades', en especial las epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole;⁶ y (4) el derecho a que se 'creen las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad'.⁷

Uno de los sectores más débiles de la población está conformado por los niños, quienes a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C.P.).

Incluyendo esta disposición que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", por lo que son en general sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad. Igualmente, otros preceptos de la Constitución complementan la protección a la niñez. Dentro de estas normas se encuentra el artículo 50 que fija una especial protección para los niños menores de un año y el artículo 67 sobre el derecho a la educación de menores entre 5 y 15 años de edad.

Este postulado responde, además, a la obligación que se impone al Estado y a la sociedad de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, CP). En el caso de los

niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud, por lo tanto no se requiere pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.⁸ La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud.

Así, esta Corporación se ha referido en varias ocasiones a la especial protección que se debe dar a un menor cuando padece alguna enfermedad, siendo obligadas las empresas promotoras de salud a prestar los servicios de salud necesarios, inclusive cuando los procedimientos, medicamentos o los tratamientos no estén cubiertos por el plan obligatorio de salud⁹.

Sobre este particular, en providencia T-179 de 2000, esta Corporación se pronunció sobre un caso en el cual se solicitaba el amparo del derecho a la salud de varios niños que padecían discapacidad y les había sido suspendida la atención que recibían para su rehabilitación por decisiones administrativas adoptadas por el ISS. En el fallo, se afirmó que “ 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. (...) 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).¹⁰

De la misma forma, en sentencia T-282 de 2006, la Corte concedió la protección del derecho a la salud de un niño de 5 años de edad, con diagnóstico de autismo, y ordenó a la EPS Coomeva autorizar el tratamiento médico en el programa especializado integral de habilitación en la institución en la que se preste ese servicio e igualmente brindar el tratamiento médico integral que se derive de su enfermedad y exonerarlo del pago de cuotas de recuperación en consideración a sus limitaciones económicas. Dentro de sus

consideraciones se refirió a la protección especial a favor de los niños en virtud de los mandatos constitucionales y precisó: (...) “La procedencia de la tutela es mucho más evidente si se advierte que está en juego también el mandato constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (Art. 13, C.P), por razón de su edad, su condición económica, física o mental, y por tanto se hacen sujetos de especial protección. El discapacitado se encuentra en una situación de excesiva vulnerabilidad frente a prejuicios sociales que no puede, por sí mismo y por su propia voluntad, eludir, máxime si se trata de menores de edad, razón por la que merecen un trato especial, con el fin de permitirles estar en igualdad de condiciones con las personas que no lo son. (...)”¹¹

De este modo, en sentencia T-799 de 2006 la Corte destacó que “la fundamentalidad del 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 (...)”.¹²

En sentencias T-201 de 2007 reiterado en T-862 de 2007 la Corte resalto que: “ (...)surge con claridad que la salud de los niños se erige como un derecho fundamental, y 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.

Bajo este contexto, corresponde a las Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- no solamente implementar programas para permitir que el niño alcance su rehabilitación y logre una mayor integración en la sociedad sino también brindar los servicios de salud de manera prioritaria y expedita cumpliendo de esta manera con el mandato constitucional e internacional frente a menores en situación de discapacidad.

Conviene agregar que en sentencia T-998 de 2007 dispuso que 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 Derecho¹³.

Bajo esta perspectiva, la Corte ha afirmado que los jueces de tutela deben garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud de los menores, en los casos en que su núcleo esencial se encuentre amenazado o vulnerado¹⁴, esto es, cuando el menor está ante “a) la existencia de un atentado grave contra la salud (...); b) la imposibilidad de evitar la actitud que se reprocha; c) el riesgo potencial y cierto del derecho a la vida y de las capacidades físicas o psíquicas del niño.”¹⁵

Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional de ésta Corporación ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y para que prevalezca la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas. En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente.

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

Es por ello que los niños beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, que se rige por el principio de integralidad, tienen derecho a que se les suministren aquellos elementos indispensables para corregir un defecto físico, pues está en juego su derecho fundamental a la salud (art. 44) y su desarrollo armónico, completo y adecuado. El Estado, no puede poner

barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños.¹⁶

De acuerdo con lo anterior y conforme a lo expuesto en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, la doctrina constitucional ha considerado que la protección superior de la salud de los menores, también exige una demostración clara y contundente de la amenaza o vulneración del derecho a la salud.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

Al respecto es importante señalar que el concepto de salud como lo dispone la OMS no sólo abarca la ausencia de afecciones o enfermedades, comprende además un completo bienestar. Esto obliga a concluir que la distinción que hace la parte demandada en determinar qué prestación exclusivamente conserva la salud, se opone a las garantías constitucionales que se deben al menor.

4. La protección constitucional para las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, en el ordenamiento constitucional e internacional. Reiteración de jurisprudencia.

La Carta Política debe cumplir unos cometidos especiales respecto de las personas discapacitadas los cuales se pueden enumerar en (i) adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a quienes deberá prestarle la atención especializada que requieran (ii) garantizar a los minusvalidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (iii) la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales o con capacidades excepcionales.

Según el ordenamiento constitucional e internacional, en el caso del tratamiento de una persona con discapacidad física o psíquica merece una especial protección y su tratamiento debe ser especializado, ya que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y deben ser sujetos de atención adecuada. Así el artículo 47 de la C.P. dispone que: “De

acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran”.

Así mismo, el artículo 13 de la Carta propugna a que el derecho a la igualdad de las personas con limitaciones sea real y efectiva. En este sentido, ordena al Estado adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, en especial aquellos que su condición física o mental se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, lo que ha sido llamado por la jurisprudencia constitucional acciones afirmativas.¹⁷

A nivel Internacional la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999 e incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 762 de 2002, declarada ajustada al Ordenamiento Constitucional por esta Corte mediante sentencia de constitucionalidad C-401 de 2003, tiene como objetivos la eliminación de cualquier forma de discriminación contra las personas que tengan discapacidad alguna, propiciando la integración en la sociedad. Dicha normatividad define la discapacidad en los siguientes términos:

“Artículo I. 1. Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 5 sobre los derechos de las personas con discapacidad señala que estos deben ser protegidos y promovidos mediante programas y leyes generales, así como a través de programas y normatividades de finalidad específica. De esta manera, los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC, (Ley 74 de 1968) tienen el deber de propender por la realización progresiva de los derechos consagrados en favor de la población con discapacidad, así como la eliminación de las desventajas estructurales, mediante la adopción de acciones afirmativas tendentes a lograr el acceso, en igualdad de condiciones que el resto de la población, a los derechos económicos, sociales y culturales.

Al mismo tiempo, el numeral e) del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, ratificado por Colombia mediante la Ley 319 de 1996 es contundente cuando determina que “se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”. El artículo 18 de esa misma disposición señala 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”¹⁸

En el mismo sentido, 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, y que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, dispone que “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” a su vez el artículo 11 de la disposición antes referida prescribe que la niñez tiene “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”.

La Ley 361 de 1997 se propone, de otra parte, armonizar las políticas legislativas con la normas que sobre la materia están contenidas tanto en la Declaración de Derechos Humanos de la ONU como en la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación; el Convenio 159 de la OIT; la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, UNESCO; la Declaración de Naciones Unidas concerniente a las Personas con Limitación y la Recomendación 168 de la OIT.

Ahora bien, la Corte ha considerado que el alcance del consenso internacional en esta materia es de tal relevancia que ha indicado que “las obligaciones del Estado Colombiano para con los discapacitados no sólo surgen de los tratados y convenios internacionales

ratificados por Colombia, sino en general de las manifestaciones de voluntad de la comunidad internacional con respecto del reconocimiento de sus derechos humanos y de su dignidad humana, principios que además de regir el orden público internacional, son pilares fundamentales de la constitucionalidad colombiana.

A su vez, la Ley 1306 de 2009 se encargó de dictar las normas para la protección de personas con discapacidad mental, incluyendo el régimen de la representación legal de incapaces emancipados, en 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. La organización encargada de prestar el servicio de salud y de educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde la temprana edad.”(Artículo 11) (negrita y subraya fuera de texto)

Dentro de este contexto la Corte Constitucional ha dicho que aunque no se puede garantizar un total restablecimiento, es factible obtener mejoría de un paciente mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias neurológicas y logrando mantener en el joven afectado una mejor calidad de vida.¹⁹ Sobre el particular esta Corporación sostuvo²⁰:

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

Además esta Corporación sostuvo²¹:

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

Por lo tanto es de vital importancia la aclaración que ha hecho la Corte en el sentido de avalar la interpretación según la cual, cuando existe posibilidad de mejoría o progreso en la salud del paciente, dichas entidades encargadas de la prestación de la seguridad social deban suministrar la atención requerida, en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona.²²

5. Precedente Jurisprudencial fijado por esta Corporación en sentencia T-650 de 2009.

En la sentencia T-650 de 2009, emitida por la Sala Octava de Revisión, 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 radicaban en la imposibilidad económica de efectuar el pago de las mismas, ya que este procedimiento se encuentra por fuera del POS y además (iv) aducían que la respectiva EPS no tenía la infraestructura para atender niños con discapacidad.

En dicha providencia se consideró que el juez de tutela de instancia resolvió negar la solicitud bajo un argumento de plena formalidad, sin tener en cuenta los sujetos que reclamaban la protección ya que eran discapacitados. Además sostuvo esta misma Sala que el hecho de que no existiera solicitud del tratamiento al Comité Técnico Científico no era una instancia más entre el usuario y la EPS para negar la solicitud, considerando así que se estaba desconociendo el precedente jurisprudencial que sobre este tema ha fijado la Corte

Constitucional.

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. Además sostuvo que dichas terapias debían practicarse preferiblemente en el centro de capacitación “CENCAES” por encontrarse en el municipio de soledad Atlántico, lugar de residencia de los allí demandantes.

En este orden de ideas, ya existe un pronunciamiento emitido por esta Sala con los supuestos de hecho idénticos²³ a los que aquí se debaten, ya que en el presente caso los menores Andrés David y Luis Miguel padecen “retardo psicomotor leve hipoxia perinatal y síndrome de Cornelio de langue hipoxia neonatal” respectivamente, y requieren el mismo tratamiento integral ordenado en la sentencia T-650 de 2009, por lo que las consecuencias jurídicas aplicadas a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y la regla jurisprudencial no ha cambiado. En consecuencia se aplicará el precedente jurisprudencial fijado por esta Corporación al caso de los menores Andrés David y Luis Miguel por las razones aquí anotadas.

6. Los supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro de servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de Jurisprudencia.

Conforme lo establece la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, todas las personas tienen derecho a que se garantice el acceso a los servicios que requieran para conservar su salud, cuando se encuentre gravemente comprometida la vida digna e integridad personal, ámbito que ha sido denominado por la legislación el ‘aseguramiento en salud’ que comprende (i) la administración del riesgo financiero, (ii) la gestión del riesgo de salud, (iii) la articulación de los servicios que garantice el acceso afectivo, (iv) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (v) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario (Ley 1122 de 2007).²⁴

Para garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993

establece el Plan Obligatorio de Salud²⁵ que tiene por finalidad la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Ahora bien, según dispone el numeral 13 del artículo 54 del Acuerdo No. 008 del 29 de diciembre de 2009, hace parte de las exclusiones al régimen contributivo las “actividades, procedimientos, e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación distintos a los necesarios de acuerdo a evidencia clínica debidamente demostrada para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, en reiteradas oportunidades que el amparo por vía de tutela del derecho a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.²⁶

En concordancia con el criterio jurisprudencial señalado, esta Corporación ha indicado que en los casos en que una Entidad Promotora de Salud –sea del Régimen Contributivo o Subsidiado- niegue a un menor el suministro de un medicamento, procedimiento o aditamento médico con fundamento en la exclusión de éste del Plan Obligatorio de Salud respectivo, y con ello se cause una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad, el juez de tutela podrá, bajo determinadas condiciones, disponer la inaplicación de las normas que prevén tal exclusión, y en consecuencia, ordenar la prestación médica requerida. ²⁷

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que o bien se trata de (i) un sujeto que merece especial protección constitucional (niños y niñas, población carcelaria, tercera edad, personas que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o bien (ii) se trata de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos

y de suficiente relevancia constitucional, que permitan concluir cómo la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser amparado en sede de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.²⁸

Por lo tanto, “los jueces deberán constatar en concreto la índole de la prestación reclamada y habrán de analizar con detalle la situación en que se exige su cumplimiento pues, (...) se trata de obligaciones cuya realización implica fuertes erogaciones económicas y en países con recursos escasos no puede perderse de vista la necesidad de fijar prioridades. De ahí que el vínculo entre la no prestación del servicio exigido y la afectación de la dignidad de la persona así como la falta de capacidad de pago constituyan criterios determinantes para que proceda la protección del derecho fundamental a la salud por vía de tutela cuando se trata de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.”²⁹

Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del plan obligatorio de salud se justifica en buena medida por las limitaciones presupuestales existentes en el contexto colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes 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; (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.

“En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia

constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.”(negrilla fuera de texto)

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, la Sala de Revisión procederá a verificar si en los presentes casos de los menores Andrés David y Luis Miguel, se presentan las condiciones y las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional, a efectos de proteger el derecho de la salud y del diagnóstico por sus condiciones particulares.

7. Estudio del caso concreto.

7.1. -Expediente T-2.914.531

Claudia Patricia García Barcelo, en representación de su menor hijo Andrés David Zarache Barcelo, presentó acción de tutela contra Salud Total E.P.S., con el fin de que le fueran restablecidos los derechos fundamentales a la igualdad, vida en condiciones dignas y salud. Estima que fueron vulnerados estos derechos por la citada E.P.S., por los precarios tratamientos ordenados a su hijo, ya que padece “retardo psicomotor leve hipoxia perinatal” y requiere un servicio terapéutico integral e intensivo (la práctica de las terapias de equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia) necesarias para tratar la enfermedad del menor.

De conformidad con las pruebas que reposan en el expediente de tutela se tiene probado que:

i. Andrés David Zarache Barcelo de nueve (9) años de edad, padece “retardo psicomotor leve hipoxia perinatal” (folio 47 a 49 del cuaderno principal), vive en el municipio de Soledad-Atlántico y está afiliado como beneficiario al régimen contributivo EPS SALUD TOTAL.(ver 16 cuaderno principal);

i. El menor se encuentra matriculado en el Centro de Capacitación especial “CENCAES” donde recibe educación especial, cuya sede queda en la municipalidad donde vive la madre y su hijo. El servicio terapéutico integral e intensivo (musicoterapia, hidroterapia, animalterapia, terapia método ABA) es un servicio adicional que requiere el menor tal y como lo prescribe el médico neuropediatra David Dancur quien indicó: “(...) RECOMENDACIONES Iniciar tratamiento intensivo y permanente en terapia comportamental ABA, 160 sesiones terapéuticas mensuales, para trabajar habilidades deficientes (autoayuda, comunicación, motoras). Utilizar las terapias integrales como: equinoterapia, hidroterapia y animalterapia, para el beneficio y desarrollo del paciente. Brindarle consejería y asesoría a padres y /o cuidadores.(...)” pero éste se encuentra por fuera del POS. (ver folios 20 a 24 y 38 y 39 cuaderno principal);

i. Se encuentra acreditado que la entidad demandada EPS SALUD TOTAL negó la autorización del tratamiento integral e intensivo solicitado por el accionante, al considerar que lo solicitado (i) no hace parte de los servicios de salud brindados por las EPS pues estos hacen parte de actividades de tipo educativa, (ii) la EPS no tiene contrato con la IPS CENCAES esto es, que no hace parte de la red contratada por dicha entidad promotora de salud (iii) el paciente debe asistir a las citas para el asignadas en los especialistas de pediatría, fisiatría y psicología infantil de la red (iv) que la EPS tiene contrato con la IPS Instituto de Rehabilitación ISSA Abuchaibe con sede en Barranquilla, sin que el paciente haya asistido a la valoración por fisiatra (v) el servicio requerido por la accionante no fue ordenado para la recuperación de su salud sino para el aprendizaje de todas las técnicas para que pueda desenvolverse en su cotidiano vivir. (ver folios 31 a 43 cuaderno principal);

i. Por recomendación efectuada tanto por el médico neurocirujano (no adscrito a la EPS-SALUD TOTAL) doctor David Dancur como por la fisioterapeuta, psicóloga y la fonoaudióloga de la IPS -CENCAES al menor Andrés David, se considera necesario efectuar unas terapias integradas intensivas y permanentes: hidroterapia, animalterapia, musicoterapia, equinoterapia, terapias con el método ABA en indicó que “se requiere para trabajar habilidades deficientes (autoayuda, comunicación, motoras) ... para el beneficio integral del

paciente". (ver folio 20 a 23 del cuaderno principal).

En el caso concreto, se pretende la protección de los derechos a la salud y la vida del menor Andrés David Zarache Barcelo, por parte de su madre la señora Claudia Patricia Barcelo García;, por lo que tratándose del amparo de derechos fundamentales del menor de edad que se encuentra en situación de discapacidad (retardo psicomotor leve hipoxia perinatal), es una razón más que suficiente para justificar el ejercicio de la acción de tutela por intermedio de su madre³⁰ y obliga garantizar una protección reforzada por parte del Estado.

Ahora bien, el argumento medular de defensa al que acudió la entidad demandada para excusar la negativa de autorización de las terapias solicitadas por el demandante, radicó en que (i) que las terapias integrales que solicita la accionante son de carácter educativo y no referentes a mejorar la salud del menor Andrés David (ii) no ha utilizado y agotado todas las posibilidades terapéuticas que ofrece SALUD TOTAL dentro del POS, (ii) que la EPS únicamente se compromete a continuar prestando al menor Zarache los servicios de salud por él requeridos como terapias del lenguaje, físicas y ocupacionales con IPS que se encuentra habilitada para brindar servicios de salud y que se encuentran dentro de la red de prestadores de servicio de esa EPS (iii). En este orden se dejan precisadas las razones por las que la EPS no accedió a la solicitud de la petente.

Para la Sala de Revisión los anteriores argumentos no son de recibo por varias razones.

En primer lugar el problema aquí planteado ya fue resuelto por la sentencia T-650 de 2009 en un caso idéntico. En dicha ocasión la Sala Octava de Revisión ordenó a la EPS el tratamiento integral requerido a dos personas con similares padecimientos a los del menores Andrés David, obligando practicar las terapias en hidroterapia, musicoterapia, animalterapia y equinoterapia previa valoración del médico adscrito a dicha entidad para determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento a realizarse.

En este orden se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial emitido por ésta Corporación al respecto, ya que el problema aquí debatido ya tuvo una resolución favorable para personas que se encontraban en las mismas condiciones de discapacidad como la del menor Andrés David. Por lo que la Sala de Revisión a efectos de garantizar los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica procederá a dar aplicación a dicho precedente.

La segunda razón radica en la circunstancia de que un medicamento, procedimiento o tratamiento ordenado a una persona por 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 por cuanto puede convertirse en una barrera para el acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento de dicha situación que puede ser inclusive con ocasión de la presentación de una acción de tutela, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o puede resultar lesivo de la salud de la persona la práctica de lo ordenado por el galeno que no se encuentra adscrito a la red de servicios de la E.P.S. Sobre el particular esta Corporación ha considerado³¹:

“No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.”³²

La tercera razón obedece a que no se tuvo en cuenta varios factores por parte de la EPS Salud Total para negar un servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, entre los que se encuentran (i) se debe verificar los sujetos que reclamaban la protección en éste caso un menor de edad, (ii) la enfermedad que padece, en el presente caso el menor Andrés David padece retardo psicomotor leve hipoxia perinatal y (iii) el tipo de servicio requerido, las terapias integrales son requeridas para mejorar la salud del menor. En consecuencia, de lo anterior se colige la obligación de garantizar la especial protección constitucional que se debe al menor Andrés David, ya que además de la obligación de protección por ser menor de edad, es necesario materializar la protección por su condición de discapacidad. En este orden de ideas, ni las razones de la EPS Salud Total, ni la justificación de los jueces de instancia de tutela son de recibo por esta Sala de Revisión, ya que en reiteradas providencias emitidas por ésta Corporación³³, se ha protegido el derecho a la salud a menores que por su condición de discapacidad no reciben una cobertura efectiva e integral en materia de salud.

En este contexto, no cabe duda de que el déficit que padece el menor (retardo psicomotor leve hipoxia perinatal) como una de las tantas patologías que pueden derivar en discapacidad, es una razón más que suficiente para protegerlo especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentran, pues no hacerlo sería ubicarlos en un plano de desigualdad que resulta inadmisibile a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política. Así al considerar que tratamiento integral de las terapias es un asunto netamente educacional, resulta discutible por cuanto el menor Andrés David padece retardo psicomotor leve hipoxia perinatal lo que lo ubica en un plano de especial protección constitucional ya que como lo corrobora el concepto del médico neuropediatra no adscrito a la EPS, tales terapias son indispensables para optimizar la estimulación de la función motora, en coordinación y equilibrio estático y dinámico, sensorial y cognoscitiva del menor, asunto concerniente a la salud del menor.

Ahora bien, 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 integradas, intensivas y permanentes ordenadas por el médico neurocirujano dispuestas para la estimulación de la función motora, sensitiva, sensorial y cognoscitiva, son indispensables para garantizar sus derechos fundamentales a la salud y a la integridad física, en tanto que presenta un cuadro de discapacidad retardo psicomotor leve hipoxia perinatal lo que obliga la protección reforzada a sus derechos fundamentales; (ii) existe incapacidad económica de la madre del menor para que asuma el costo de las terapias integrales requeridas para su menor hijo, ya que es madre cabeza de familia a cargo de tres hijos. Al respecto esta Corporación tiene establecida una copiosa jurisprudencia en la que ha considerado que la carga de la prueba en este evento se invierte en cabeza de la E.P.S. demandada, toda vez que dichas entidades tienen acceso a la información socioeconómica de sus usuarios, lo que les permite generar un debate importante sobre este asunto, de tal suerte que la inacción tiene como consecuencia jurídica que se tenga como prueba suficiente para presumir que el afectado no cuenta con los recursos económicos para acceder a determinado servicio de salud.³⁴ y (iii) que de no realizarse las terapias integrales dispuestas, se ponen en peligro los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Es importante reiterar como se dispuso en la parte considerativa de la presente providencia, que la Sala de Revisión encuentra un precedente jurisprudencial el cual debe aplicarse al

presente caso.

Con las circunstancias que se presentan, la entidad prestadora de salud está en la obligación de prestar el servicio requerido en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona, más aun cuando es un menor de edad, en este caso que padece una enfermedad denominada retardo psicomotor leve hipoxia perinatal. Así, es necesario determinar que la entidad prestadora del servicio de salud están en la imperiosa obligación de suministrar la atención requerida si es factible para el paciente obtener una mejoría o progreso en su salud mediante las terapias integrales requeridas, logrando con ello mantener en el menor una mejor calidad de vida, razón más que suficiente para proteger especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentra el menor, pues no hacerlo sería ubicarlo en un plano de desigualdad que resulta inadmisibile a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política.

Además, aunque Salud Total EPS tiene un contrato con la IPS Instituto de Rehabilitación ISSA Abuchaibe con sede en Barranquilla, entidad que puede prestar las terapias de fonoaudiología, no se encuentra demostrado que dicha IPS pueda prestar el tratamiento integral requerido para el menor Andrés David en (equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia) aunado a que la accionante y su menor hijo tienen su domicilio en el municipio de Soledad Atlántico, y carece de recursos económicos para hacer el respectivo traslado del menor de su residencia a la ciudad de Barranquilla.

En este orden de ideas, se protegerán los derechos fundamentales de la salud del menor Andrés David y en consecuencia se ordenará a la EPS Salud Total practicar al menor las terapias integrales requeridas para tratar su patología “retardo psicomotor leve hipoxia perinatal” preferiblemente a través de la IPS Centro de de Capacitación Especial “CENCAES” ya que la misma se encuentra en la municipalidad del domicilio del menor, con la salvedad de que en el evento de no existir contrato con este organismo, podrán ser prestadas en otro siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para acceder al servicio de salud del menor.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Soledad Atlántico en providencia de veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010) y en su lugar se concederá la tutela en relación con los derechos fundamentales a la

salud y a una vida en condiciones dignas del menor Andrés David Zarache Barcelo, para lo cual se ordenará a Salud Total EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia inicie los trámites pertinentes para que el menor reciba el tratamiento integral permanente requerido, en terapias de musicoterapia, hidroterapia y equinoterapia para el manejo a la discapacidad que padece “retardo psicomotor leve hipoxia perinata” de acuerdo a las prescripciones de su médico tratante.

7.2.- Expediente T-2.924.503

Teniendo superada la legitimación en la causa por activa, la Sala de Revisión procederá a verificar los hechos referentes al caso del menor Luis Miguel Cortes Cortes donde se constató lo siguiente:

i. El menor Luís Miguel Cortes Cortes de once (11) años de edad, reside en el municipio de Neiva- Huila, juntos con sus padres se encuentra afiliado en la EPS EMCOSALUD padece “síndrome de Cornelio de langue + hipoxia neonatal retraso psicomotor”;

i. Teniendo en cuenta la patología y discapacidad que presenta, EMCOSALUD EPS ha autorizado un número reducido de terapias del lenguaje, ocupacional, las cuales según los accionantes no son suficientes para tratar la patología de su hijo y las particularidades que presenta: control de esfínteres, hábitos alimenticios, desarrollo del lenguaje, comunicación corporal hace que el menor se encuentre dependiendo totalmente de sus padres;

i. Se encuentra demostrado que los padres del menor acudieron a la IPS -TALLER PSICOMOTRIZ “PASSUS” a efectos de que le practicaran una valoración y a través de concepto emitido por la terapeuta Mónica María Durán concluyó que:

“(…) El paciente es dependiente de actividades básicas cotidianas (...) requiere de ayuda para realizar hábitos alimenticios. Su desarrollo en el lenguaje es ausente, su método de comunicación es a través de señas. Se evidencia déficit en integración sensorial y vestibular.

Leve compromiso a nivel motor. (...) Paciente dependiente en actividades básicas cotidianas, por importante compromiso cognitivo, déficit de integración sensorial por inmadurez en el sistema nervioso central. (...) El análisis evidencia que es candidato para intervención diaria durante por lo menos un año, en modalidad de tiempo completo, en el programa denominado TRATAMIENTO INTENSIVO, INTEGRATIVO, CONDUCTAL Y REEDUCATIVO, toda vez que se demuestra durante el periodo de evaluación llevado a cabo que hay un retraso en el desarrollo psicomotor y cognitivo el cual interfiere en su vida cotidiana y/o desempeño habitual. Luís Miguel tendrá la intervención durante su tratamiento por las áreas de terapia física, terapia ocupacional, terapia del lenguaje, educación especial, pedagogía, musicoterapia, talleres vocacionales, hidroterapia y equinoterapia. En conclusión, si el niño no recibe de manera integrativa las posibilidades que le brinda una metodología conductual integrativa y reeducativa, es muy posible que tenga mayores dificultades para lograr niveles básicos de integración social y de calidad de vida. (...)"

i. La EPS EMCOSALUD negó el 9 de junio de 2010 la solicitud de terapias integrales recomendadas por la terapeuta de la IPS – TALLER PSICOMOTRIZ “PASSUS” al considerar que dicha EPS ha suministrado las terapias integrales requeridas para la patología que padece el niño, conforme a las recomendaciones y ordenamientos de los profesionales y especialistas tratantes;

ii. Consideró además que la EPS cuenta con profesionales idóneos: terapistas, psicología y rehabilitación aprobado por la Secretaria de Salud conforme a los requisitos de habilitación para su funcionamiento y para la prestación de los servicios solicitados por los accionantes. Además sostuvo que la solicitud de evaluación o manejo con una IPS se define de acuerdo a la oferta de servicios presentada y aceptada por el FNPSM, conforme al pliego de condiciones que rige el contrato vigente a partir del 1 de noviembre de 2008 y no compete a los profesionales definir la IPS prestadora, ya que se puede ocasionar un conflicto de intereses;

i. Se encuentra a folio 16 y 17 del cuaderno principal que el pediatra Carlos E. Vásquez adscrito a la EPS EMCOSALUD el 2 de julio de 2010 prescribió al menor Luís Miguel “terapias

integrales permanentes”, así consta además en la historia clínica visible a folio 17;

i. Reposa además respuesta de 23 de julio de 2010 de la EPS EMCOSALUD a un derecho de petición elevado por los aquí accionantes, donde consta que: “ (...) Como quiera ustedes manifiestan que el “tratamiento realizado en la IPS Terapias Emcosalud ha sido por horas” y en su opinión: “requiere de tratamiento permanente”, con el fin de satisfacer su petición es necesario que se presente la orden de terapias expedida por el Dr. Carlos Vásquez en que además de ordenar: Terapia Integral se defina el tipo y la periodicidad de las terapias. Para los mismos efectos se ha notificado al Dr. Carlos Vásquez, así mismo al grupo de terapias para que haga la evaluación respectiva y de acuerdo a ello establezca el programa conforme a lo ordenado por el médico tratante. (...)”;

i. Se encuentra que el 14 de septiembre de 2010 el médico Carlos Enrique Vásquez Méndez médico pediatra informó a la EPS EMCOSALUD que: “(...) sugiero como médico tratante intensificar las terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje que se vienen llevando a cabo en la IPS Terapias Emcosalud, que sean de mayor duración dos veces al día, con control periódico por fisiatra y neurólogo e informe de la terapeuta para valorar evolución del paciente. (...)”.

Al constatar los hechos antes señalados la Sala de Revisión procederá a determinar si en este caso EMCOSALUD EPS vulneró o no el derecho fundamental a la salud del menor Luís Miguel. Al respecto se confirma que el menor cuenta con una patología denominada “síndrome de Cornelio de langue + hipoxia neonatal retraso psicomotor” que data desde su nacimiento y que por prescripción medica se emitió la recomendación de iniciar el terapias integrales permanentes, y según la EPS EMCOSALUD ha cumplido a cabalidad las ordenes. Tanto el juez de primera como aquel de segunda instancia negaron la protección invocada al considerar que ni la salud ni la vida del menor se encontraban en peligro ya que lo solicitado se viene prestando por la IPS Terapias Emcosalud y que según las recomendaciones del médico pediatra tratante la intensificación de las terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje debe ser dos veces al día, con control periódico por fisiatra y neurólogo e informe de la terapeuta para valorar la evolución del menor.

Sin embargo, tal y como sucede en el caso del menor Luís Miguel Cortes Cortes el problema aquí planteado ya fue resuelto por la sentencia T-650 de 2009 en un caso idéntico. En dicha ocasión la Sala Octava de Revisión ordenó a la EPS el tratamiento integral requerido a dos personas con similares padecimientos a los del menores Luís Miguel, obligando practicar las terapias en hidroterapia, musicoterapia, animalterapia y equinoterapia previa valoración del médico adscrito a dicha entidad para determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento a realizarse.

Así, se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial emitido por esta Corporación al respecto, ya que el problema aquí debatido ya tuvo una resolución favorable para personas que se encontraban en las mismas condiciones de discapacidad como la del menor Luís Miguel. Por lo que la Sala de Revisión a efectos de garantizar los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica procederá a dar aplicación a dicho precedente.

La Sala de Revisión, encuentra que el médico pediatra tratante del menor prescribió unas terapias integrales permanentes al paciente, indicando la intensidad de cada una tal y como se manifestó previamente. Sin embargo, encuentra la Sala que reposa al igual un concepto emitido por una terapeuta adscrita a una IPS diferente a la que en la actualidad le presta los servicios en salud al menor que sugirió al igual, una intensificación permanente de los servicios terapéuticos, indicando que de acuerdo a la valoración efectuada al menor se concluye la necesidad de una “intervención diaria durante por lo menos un año, en modalidad de tiempo completo, en el programa denominado TRATAMIENTO INTENSIVO, INTEGRATIVO, CONDUCTAL Y REEDUCATIVO, toda vez que se demuestra durante el periodo de evaluación llevado a cabo que hay un retraso en el desarrollo psicomotor y cognitivo el cual interfiere en su vida cotidiana y/o desempeño habitual. Luís Miguel tendrá la intervención durante su tratamiento por las áreas de terapia física, terapia ocupacional, terapia del lenguaje, educación especial, pedagogía, musicoterapia, talleres vocacionales, hidroterapia y equinoterapia. En conclusión, si el niño no recibe de manera integrativa las posibilidades que le brinda una metodología conductual integrativa y reeducativa, es muy posible que tenga mayores dificultades para lograr niveles básicos de integración social y de calidad de vida.”³⁵

Al respecto, encuentra la Sala de Revisión que en este caso el médico pediatra adscrito a la

EPS y que viene tratando al menor Luís Miguel no objetó dicho concepto emitido por la terapeuta adscrita a la IPS- TALLER PSICOMOTRIZ "PASSUS", lo que obliga a determinar que en éste caso existe un concepto el cual no ha sido debatido u objetado por el Comité Técnico Científico de la EPS ya que en el mismo se resalta la necesidad de que el menor reciba un tratamiento integral intensivo en las áreas de terapia en musicoterapia, hidroterapia y equinoterapia con el único objeto de lograr niveles básicos de integración social y de calidad de vida del menor Luís Miguel.

Esta Corporación ha establecido ciertas reglas que sirven de guía al juez para determinar en qué eventos es procedente inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud o del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado que excluyen determinados medicamentos, procedimientos y servicios y así, obtener una racionalización del Sistema, indicado que en los casos en que una Entidad Promotora de Salud –sea del Régimen Contributivo o Subsidiado- niegue a un menor el suministro de un medicamento, procedimiento o aditamento médico con fundamento en la exclusión de éste del Plan Obligatorio de Salud respectivo, y con ello se cause una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad, el juez de tutela podrá bajo determinadas condiciones, disponer la inaplicación de las normas que prevén tal exclusión, y en consecuencia, ordenar la prestación médica requerida. 36

En este orden de ideas, es preciso que el juez de tutela constate:

1. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.
2. “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

3. “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

4. “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.” 37

Consta en el expediente que el menor Luis Miguel se encuentra en el régimen contributivo. Así lo establece el carné de afiliación a la Unión Temporal Surcolombiana entidad que atiende a los beneficiarios del régimen excepcional del magisterio de la EPS EMCOSALUD38, depende económicamente de sus padres ya que por la enfermedad que padece “síndrome de Cornelio de Langue + hipoxia neonatal” lo sitúa en una posición de discapacidad tal y como lo resalta su médico tratante y la terapeuta adscrita a la IPS- TALLER PSICOMOTRIZ “PASSUS”, además fuerza a concluir que el médico pediatra del menor ordenó el tratamiento integral intensivo, así como lo recomendó la terapeuta de la IPS antes señalada, y la intensidad que contempla es de dos horas al día sin refutar que el menor además requiere de terapias de musicoterapia, hidroterapia y equinoterapia, no cubiertas por el POS39 para tratar sus padecimientos que deben ser atendidos de manera prioritaria.

Con la situación fáctica descrita, la entidad prestadora de salud está en la obligación de prestar el servicio requerido en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona, más aun cuando es un menor de edad en situación de discapacidad para el paciente obtener una mejoría o progreso en su salud mediante las terapias integrales requeridas

En consecuencia, la Sala revocará los fallos proferidos por El Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva (Huila) en providencia de diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010) y por el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito Distrital de Neiva (Huila) en providencia de dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010) y en su lugar se concederá la tutela en relación con los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del menor Luís Miguel Cortes Cortes, para lo cual se ordenará a

EMCOSALUD EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia inicie los trámites pertinentes para que el menor reciba el tratamiento integral permanente requerido únicamente en terapias de musicoterapia, hidroterapia y equinoterapia para el manejo a la discapacidad que padece “síndrome de Cornelio de langue + hipoxia neonatal” de acuerdo a las prescripciones de su médico tratante.

III. DECISIÓN.

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 dictada por el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Soledad (Atlántico) el veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010) para en su lugar, ACCEDER a la protección constitucional solicitada par el menor Andrés David Zarache Barcelo.

Segundo.- REVOCAR las sentencias dictadas por el Juzgado Tercero (3º) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva (Huila) el diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010) y por el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito de Neiva (Huila) el dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010), para en su lugar, ACCEDER a la protección constitucional solicitada para el menor Luis Miguel Cortes Cortes.

Tercero.- ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia practique a Andrés David Cortes Cortes las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requiere con necesidad, para lo cual deberá realizarse previamente una valoración por parte de médicos adscritos a dichas entidades con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debe realizarse.

Cuarto.- ADVERTIR a SALUD TOTAL E.P.S. que las terapias ordenadas al menor Andrés David Zarache Barcelo preferiblemente deberán realizarse en el Centro de Capacitación Especial - CENCAES- que se encuentra en el municipio de Soledad (Atlántico), donde están ubicada la residencia del demandante, con la salvedad de que en el evento de no existir contrato con

este organismo, podrán ser prestadas en otro siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para acceder al servicio de salud.

Quinto.- ORDENAR a EMCOSALUD E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia practique a Luis Miguel Cortes Cortes las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requiere con necesidad, para lo cual deberá realizarse previamente una valoración por parte de médicos adscritos a dichas entidades con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debe realizarse.

Sexto.- PREVENIR a SALUD TOTAL E.P.S. y a EMCOSALUD E.P.S. para que repitan hasta por la mitad del valor de las terapias ordenadas en esta sentencia ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, en tanto se cumplen los presupuestos establecidos en la sentencia C-463 de 2008.

Séptimo.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

1 Ver las sentencias T-137 de 2006, T-614 de 2007, T-127 de 2007, T-840 de 2007, T-862 de 2007, T-576 de 2008, T-282 de 2008, T-1081 de 2008.

3 Ver sentencia T-760 de 2008. En dicha sentencia se hace referencia a la Observación General N° 14 (2000) 'El derecho del más alto nivel posible de salud'.

4 Ibídem. El Comité señala que deben incluirse "(i) los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, (ii) la atención anterior y posterior al parto, (iii) los servicios obstétricos de urgencia y (iv) el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información." (Observación General N°14).

5 Para el Comité, esto implica, por ejemplo, "(i) la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; (ii) la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; (iii) la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos." (Observación General N°14).

6 Ibídem. Para el Comité, estos contenidos del derecho "exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA". El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. "La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas." (Observación General N°14).

7 Para el Comité este derecho contempla (i) "el acceso igual y oportuno a los servicios de

salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; (ii) programas de reconocimientos periódicos; (iii) tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; (iv) el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.” También advierte el Comité que se debe mejorar y fomentar la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional.” (Observación General N°14).

8 Sentencia T-860 de 2003, T-223 de 2004, T-538 de 2004.

9 Sentencia T-1211 de 2003, T-986 de 2006, T-695 de 2007, T-443 de 2004, T-650 de 2009, T-973 de 2006, T-840 de 2007 entre otros.

10 Sentencia T-201 de 2007.

11 Ibídem.

12 Sentencia T-973 de 2006.

13 Sentencia SU-225 de 1998.

14 Sentencias T-974 de 2000, T-864 de 1999, T-727 de 1998 y T-415 de 1998.

15 Sentencia T-864 de 1999.

16 Sentencia T-556 de 1998.

17 Sentencia T-198 de 2006.

18 Sentencia T-179 de 2000.

19 Sentencia T-067 de 1994.

20 T-478 de 2008.

21 T-478 de 2008.

22 Sentencia T-430 de 1994.

23 Se hace la aclaración que en el expediente T-2.924.530 en el caso del menor Luís Miguel no se está solicitando que las terapias integrales permanentes se practiquen en el domicilio del menor, pero lo que se debate es la autorización por parte de la EPS para que se le practiquen terapias en animalterapia, equinoterapia, hidroterapia y musicoterapia.

24 Sentencia T-650 de 2009.

25 El Decreto Reglamentario 806 de 1998 (Art. 3º), establece como planes de beneficios en salud (i) el plan de atención básica en salud (PAB), (ii) plan obligatorio de salud del régimen contributivo (POS), (iii) plan obligatorio de salud del régimen subsidiado (POSS), (iv) atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos y (v) atención inicial de urgencias.

26 Sentencia T-576 de 2008.

27 Sentencia T-256 de 2002.

28 Ibidem.

29 Ibídem.

30 La acción de tutela puede ser interpuesta por el titular de los derechos presuntamente vulnerados o por quien actúe a su nombre cuando éste se encuentre imposibilitado para promover su propia defensa por intermedio de representante legal (menores, incapaces, interdictos, personas jurídicas. En tal sentido, esta Corporación sostiene que tratándose de derechos de los niños, es posible que un tercero actúe en su nombre con el objeto de salvaguardar sus intereses fundamentales.

32 T-760 de 2008.

33 Ver sentencias T- 2862 de 2007, T-201 de 2007, T-998 de 2007, T-799 de 2006, T-016 de 2007, T-760 de 2008, T-391 de 2009, T-207 de 2009 entre otras.

34 Sentencia T-650 de 2007.

35 Ver folios 12 y 13 del cuaderno principal.

36 Sentencia T-256 de 2002.

37 Ver sentencia T-571 de 2009. Cita las sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y T-237 de 2003.

38 Ver folio 7 del cuaderno principal.

39 Según dispone el numeral 13 del artículo 54 del Acuerdo No. 008 del 29 de diciembre de 2009, lo solicitado por los accionantes hace parte de las exclusiones al régimen contributivo las “actividades, procedimientos, e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación distintos a los necesarios de acuerdo a evidencia clínica debidamente demostrada para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas”.