

Sentencia T-406/15

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Con énfasis en niños, niñas y adultos mayores

DERECHO A LA SALUD-Flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Madre en representación de hijo menor

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

Los niños y niñas en condición de discapacidad gozan de una protección especial en la que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías superiores.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Fundamental como parte de la salud

El derecho al diagnóstico es un aspecto integrante del derecho a la salud por cuanto es indispensable para lograr la recuperación definitiva de una enfermedad y, por tanto, el aplazamiento injustificado de la prestación del servicio de salud que requiere una persona para determinar su diagnóstico, le genera una prolongación del dolor e impide que una persona pueda vivir dignamente.

MEDICO TRATANTE-Persona idónea para determinar cuál es el tratamiento médico a seguir

frente a patología concreta, después de obtener diagnóstico

El acceso efectivo a los servicios de salud reconoce en primera medida una valoración médica oportuna -diagnóstico- que permite establecer el estado de salud del paciente al momento de su realización. No obstante lo anterior, el médico tratante es el competente para determinar el tratamiento adecuado que requiere el paciente, como quiera que es la conducta que permitirá al usuario del sistema de salud saber cuáles son los pasos posteriores al diagnóstico que permitió establecer la patología que padece.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministre tratamiento integral que requiera menor discapacitado

Referencia: expediente T-4.831.054

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil quince (2015).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión de la Sentencia proferida por el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla (Atlántico), en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Rossana Esther Saldaña Manzur, en representación de su menor hijo Eshneider Duvan Llerena Saldaña, contra Coomeva EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Mediante apoderado judicial, la señora Rossana Esther Saldaña Manzur, en representación de su menor hijo, Eshneider Duvan Llerena Saldaña, quien en la actualidad tiene 14 años, interpuso acción de tutela[1] contra Coomeva EPS, al considerar vulnerados

los derechos fundamentales contemplados en el artículo 44 de la Constitución, en especial la vida, la igualdad, la salud y la seguridad social.

1.2. Refiere la parte accionante que se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud en Coomeva EPS, por tal motivo su hijo menor es uno de los beneficiarios.

1.3. Señala el apoderado de la accionante, que Eshneider Duvan padece discapacidad múltiple, parálisis cerebral, retraso mental, posible déficit visual, problemas respiratorios, deformidad a nivel de cuello y severa escoliosis, lo que hace que presente complicaciones que incluso pueden comprometer su vida.

1.4. El 22 de octubre de 2009[2], el menor fue diagnosticado por la EPS en comento con “Hidrocefalia con discapacidad, parálisis en control con neuropediatría”, sin que hasta el momento se le haya suministrado tratamiento alguno.

1.5. Enuncia que la atención prestada al menor por Coomeva EPS ha sido deficiente, particularmente afirma que se presenta renuencia a realizarle un diagnóstico integral para determinar qué procedimientos pueden ayudar a la mejoría de la calidad de vida del niño.

1.6. Además de los tratamientos requeridos, la accionante también solicita el suministro de una silla de ruedas especial, terapias a domicilio, pañales y suplementos alimenticios.

1.7. El apoderado aduce que la accionante no cuenta con los recursos económicos suficientes para costear el tratamiento que requiere su hijo. Para confirmar su dicho, allega una declaración extraproceso[3] rendida ante la Notaria Doce del Círculo de Barranquilla, en la cual indica su poderdante que es madre cabeza de familia, que trabaja como vendedora de productos por catálogo y que responde económicamente por sus 3 hijos, entre los cuales se encuentra Eshneider Duvan.

1.8. De esta manera, solicita (i) que se protejan los derechos fundamentales a la vida, salud, a la igualdad, dignidad humana y los contemplados en el artículo 44 de la Constitución Política[4]; (ii) que se ordene a la EPS accionada realizar una valoración integral al niño; y (iii) asuma en su totalidad de manera permanente y por su cuenta el tratamiento integral que requiera él.

2. Contestación de la entidad accionada

2.1. El Juzgado de instancia envió oficio de notificación a Coomeva EPS el 24 de diciembre de 2014, con el fin de que dicha promotora de salud se pronunciara sobre las pretensiones de la acción de tutela. Esta comunicación fue recibida por la EPS en comentario, sin que esta se haya pronunciado al respecto. Lo anterior llevó al Despacho a presumir como ciertos los hechos alegados en el escrito de tutela, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Estatuario 2591 de 1991.

3. Decisión de única instancia

3.1. El ocho (8) de enero de 2015, el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Conocimiento dictó sentencia[5], negando el amparo deprecado al considerar que el acervo probatorio resulta incompleto, puesto que no obra prueba que demuestre que el joven se encuentre afiliado a la entidad accionada; ni prueba relacionada con la solicitud elevada por la accionante ante la EPS requiriendo las citas médicas y los servicios requeridos; como tampoco, la manifestación de la promotora de salud en comentario negando los insumos y servicios médicos solicitados.

3.2. Advierte el juzgador de instancia que la accionante no aportó las herramientas necesarias que permitieran inferir que Coomeva EPS en la actualidad esté vulnerando los derechos fundamentales invocados, puesto que aportó la historia clínica que data del año 2009 en donde al paciente le es diagnosticada “Hidrocefalia con discapacidad, parálisis en control con neuropediatría”, un resultado de laboratorio del año 2000 y un formato de fórmula médica del año 2004.

4. Pruebas

- Poder para actuar[6].
- Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del menor Eshneider Duvan Llerena Saldaña[7], con el cual se establece el parentesco entre la señora Saldaña Manzur y el menor Llerena Saldaña.
- Se hace anotación que el niño no tiene carnet puesto que la atención le es suministrada con el sistema de huella de su madre.
- Nota de evolución de Coomeva EPS del 22 de octubre de 2009, en la cual le es

diagnosticada al menor Hidrocefalia con discapacidad y parálisis cerebral[8].

- Dictamen número 3651 de 25 de octubre de 2004 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico[9]. En él se indicó que el menor tenía como deficiencia un 50%, de discapacidad un 12,70% y de minusvalía un 30%, para un total de pérdida de la capacidad laboral de un 92,70 %.
- Estudio realizado por la Dra. Irma Castro Castellar[11], en el cual se concluyó que: “Electroencefalograma de vigilia. EEG con artificios de movimiento. no se hallan elementos irritativos.”
- Fórmula médica No. 3954903[12] del 2 de noviembre de 2004. Allí se indica que el menor Llerena Saldaña presenta retardo cerebral severo secundario e hidrocefalia.
- Certificado de existencia y representación de Coomeva EPS expedido por la Cámara de Comercio de esa ciudad.

5. Actuaciones en sede de revisión

Mediante auto de 27 de mayo de 2015, el Despacho del Magistrado Sustanciador dispuso requerir a las partes involucradas para que informaran a la Sala de Revisión algunos datos que servirán de base para emitir un pronunciamiento de fondo. En esa medida, ordenó:

“PRIMERO: Ordenar a la señora Rossana Saldaña Manzur que en el término de dos (2) días, Informe a esta Sala:

¿Cuáles han sido las actuaciones pasadas y recientes que ha llevado a cabo ante Coomeva EPS, en búsqueda de obtener un diagnóstico para su hijo y así determinar que tratamiento debe adelantarse y que otras prestaciones de salud requiere?

SEGUNDO: Ordenar a Coomeva EPS que en el término de dos (2) días dé respuesta a lo siguiente:

¿Se encuentra afiliado el menor Eshneider Duvan Llerena Saldaña a Coomeva EPS?

Indique ¿cuál es el procedimiento que debe adelantarse a un paciente que fue diagnosticado con Hidrocefalia con discapacidad y parálisis y que otras prestaciones de

salud necesita para adelantar dicho tratamiento?

Habiendo Coomeva EPS determinado la enfermedad que padece el menor, informe a este Despacho ¿Qué tratamiento integral se dispuso para palear la hidrocefalia con discapacidad y parálisis que padece Eshneider Duvan Llerena Saldaña?”

Además, dicho proveído fue enviado mediante correo electrónico a la señora Rossana Esther Saldaña Manzur[13] a la Promotora de Salud Coomeva EPS[14], con el fin de que fueran allegadas las respuestas a los cuestionamientos planteados de una manera expedita.

5.1. Mediante correo electrónico, el 22 de junio del año 2015 la EPS Coomeva dio respuesta a la información requerida por este Despacho mediante Auto de 27 de mayo de 2015.

5.1.1. En torno a la afiliación de Eshneider Duvan Llerena Saldaña, la EPS indicó que este se encuentra afiliado al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiario, a la fecha se encuentra activo.

5.1.2. En cuanto al procedimiento que debe adelantarse a un paciente que ha sido diagnosticado con hidrocefalia, Coomeva advirtió que esta enfermedad no requiere de un tratamiento agresivo debido o a que no es necesario, en principio, realizar intervención quirúrgica alguna. Señaló que el paciente que padece de hidrocefalia, requiere de un estudio de cráneo con el cual puedan determinarse las condiciones del líquido cefalorraquídeo y/o alteraciones de estructuras neurológicas, por lo que su manejo está encaminado a contrarrestar los posibles hallazgos que se encuentren.

Destaca el escrito allegado, que a los pacientes que han sido diagnosticados con esta patología se les debe practicar exámenes de tipo radiológico como tomografía encefálica, exámenes auxiliares como hematológicos y bioquímicos y resonancia magnética a nivel cerebral.

Finalmente, indica el protocolo que deben seguir los médicos al momento de realizar la valoración del paciente, es decir el análisis que debe hacer en relación con las vías aéreas del paciente, así como, de acuerdo al grado de avance de la enfermedad se determinarían

qué otros exámenes avanzados necesite el paciente o si requiere de intervención quirúrgica. Refiere el uso de algunos medicamentos para palear la enfermedad, menciona las complicaciones que puede evidenciar un paciente que padece de hidrocefalia.

5.1.3. Respecto del tratamiento que Coomeva dispuso con posterioridad a la valoración hecha al menor Llerena Saldaña y que dio como resultado hidrocefalia, advierte la EPS que:

- Durante el año 2009, fue diagnosticado con hidrocefalia, para lo cual le fue recetado Hidroxicina, Acetaminofén y Lavados nasales; en diciembre de ese mismo año, tuvo cita control con la Dra. Marta Torres Torres.
- En el año 2013, la pediatra Rocio de Rosario Urina Barrios le diagnosticó Parálisis Cerebral Espástica, por lo que le ordenó algunos estudios como: Electroencefalograma computarizado y tomografía axial computarizada de cráneo simple.
- En 2014, fue valorado por el pediatra Marco Antonio Sara Quintero quien diagnosticó: otros tipos de parálisis cerebral infantil.
- Por último, en el año 2015 el menor fue valorado por el pediatra Emilio Camilo Oyola Herazo, quien diagnostica al menor con parálisis cerebral espástica. Así mismo le ordena que le sea asignada una cita con la neuropediatra Irma Regina Caro Castellar; el 9 de junio fue valorado nuevamente por el pediatra en mención.

De lo anterior, concluye Coomeva que ha suministrado tratamiento integral para el menor que padece hidrocefalia, puesto que se realizó un diagnóstico clínico, solicitó estudios complementarios como electroencefalograma y la tomografía de cráneo y remite a valoración con neuropediatra para integrar el diagnóstico y fijar qué manejos posteriores se darán al paciente.

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela mencionado, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Con base en lo expuesto, la Sala analizará si la EPS Coomeva vulneró los derechos fundamentales contemplados en el artículo 44 de la Constitución, en especial, la vida, la igualdad, la salud y la seguridad social del menor Eshneider Duvan Llerena Saldaña, toda vez que la señora madre señala que a pesar de que a su hijo le fue diagnosticado hidrocefalia con discapacidad y parálisis, no le ha sido prestada una atención integral para mitigar los efectos de la enfermedad de base que padece[15].

Para resolver lo planteado, la Sala abordará los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela para garantizar el acceso efectivo al derecho a la salud (ii) legitimación por activa en materia de tutela; (iii) derecho fundamental a la salud de los niños discapacitados; (iv) principio de integralidad en el tratamiento a la salud del menor (v) derecho al diagnóstico inherente a la prestación del servicio de salud, así como parte integral del derecho a la salud; (vi) deber del médico tratante de fijar el tratamiento a seguir después de diagnosticar el paciente; (vii) finalmente, se resolverá el caso concreto.

3. La procedencia directa de la acción de tutela para la protección del acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

3.1. Esta Corte ha observado, a partir de lo normado en el artículo 49 superior, entre otras disposiciones y en consonancia con la dignidad humana y con la vida misma, que la salud, dentro del ordenamiento jurídico nacional, presenta la doble connotación de servicio público esencial[16] y de derecho fundamental[17].

3.2. De tal dualidad ha emergido una correlatividad entre sus alcances como derecho fundamental y como servicio público, en tanto la atención ha debido ajustarse al contenido propio que se le ha reconocido y, a su vez, se ejerce dentro de los parámetros dispuestos en la regulación del servicio, siempre con ajuste al desarrollo constitucional que corresponde al derecho fundamental.

3.3. Cabe recordar que, en principio, a la salud no le fue reconocido un carácter fundamental per se, que permitiera su exigibilidad directa por vía de tutela, pues se excluía tal característica bajo el argumento de ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente

derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

3.4. Posteriormente, la corporación observó que la fundamentalidad del derecho no podía depender de la manera como se hacía efectivo, sino de su esencia intrínseca, lo cual, en el caso del derecho a la salud, podía constatarse fácilmente en cuanto propiciaba las condiciones de dignidad inherentes a la existencia humana, razón suficiente para tutelarlos directamente.

3.5. Adicionalmente, se ha realizado que el derecho a la salud tiene una “naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles”[18].

3.6. Bajo esta premisa, que supone la complejidad de servicios que deben ser prestados para la efectividad plena del derecho a la salud, han sido acogidas las consideraciones expuestas en la Observación Catorce del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas[19], sobre (i) el carácter fundamental de tal derecho, asumido como el disfrute del más alto nivel posible de salud, que permita a las personas vivir dignamente y (ii) la necesidad de implementar para su efectividad “numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”[20].

3.7. Así, cuando el Estado, en desarrollo del deber de organizar, dirigir y regular la prestación del servicio[21], diseña e implementa el marco legal para el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el plan obligatorio del mismo y demás normas complementarias, surge para las personas la posibilidad de acudir ante un juez de tutela a exigir las prestaciones contenidas en la reglamentación nacional, lo que a su vez comporta, de un lado, un avance sobre la perspectiva meramente programática del derecho a la salud y, de otro, una concreción del contenido normativo de esta garantía como derecho subjetivo.

3.8. Al respecto, se expuso en fallo T-859 de septiembre 25 de 2003, M. P. Eduardo

Montealegre Lynett, que el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental, pues no es subjetivo; sin embargo, observó que “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”.

3.9. Lo anterior permite reafirmar la fundamentalidad del derecho a la salud y su inescindible acceso efectivo a las prestaciones contenidas en el POS y en el plan de beneficios (Ley 100 de 1993 y normas complementarias), por la categorización de los derechos prestacionales como subjetivos.

3.10. Por tanto, en escenarios en los que se analiza la denegación del acceso efectivo al servicio asistencial de salud, no será necesario que exista amenaza a la vida o a otro derecho fundamental para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela. De ahí que el análisis sobre la existencia de otro medio de defensa judicial no procederá, salvo que exista un procedimiento específico para enfrentar el problema jurídico que se estudia.

3.11. De otra parte, con la expedición de la Ley 1122 de 2007, el legislador, en ejercicio de lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, atribuyó funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver, con las facultades propias de un juez, las controversias que se susciten entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios[22].

3.12. Dicha competencia cobijó, inicialmente[23], las controversias relativas a (i) la negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en el POS, cuando dicha negativa amenace la salud del usuario; (ii) el reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por la EPS, en instituciones (IPS) con las que no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir la EPS libremente y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social.

3.13. En la sentencia C-117 de febrero 13 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se determinó la exequibilidad de esta vía judicial frente al cargo planteado en la demanda, relativo al desconocimiento del principio de independencia e imparcialidad, en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.

3.14. En la sentencia C-119 del mismo día, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, esta Corte analizó otro cargo de inconstitucionalidad contra la misma disposición, referente a la presunta vulneración al debido proceso, ante la competencia del juez de tutela para decidir en casos concretos sobre la cobertura del POS, hallándose exequible el demandado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, en cuanto:

“... según se prevé en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual, que implica que sólo resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo cuando habiéndolos, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, asuntos referentes a la ‘(c)obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario’, en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder ‘como mecanismo transitorio’, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, pues entonces las acciones ante esa entidad no desplazarán la acción de tutela, que resultará siendo procedente. Ciertamente, la Corte ha explicado que ‘la procedencia de la acción de tutela se determina según si el demandante carece o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales, sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias

concretas’.”

3.15. Bajo tales presupuestos, esta corporación en sentencia T-825 de octubre 19 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo, declaró la improcedencia de la acción de tutela que se estudiaba en esa oportunidad, por incumplimiento del requisito de subsidiaridad, explicando:

“En el presente caso, la acción de tutela instaurada por las señoras Erika Pardiz Redondo y Yasmith Maritza Gaona contra Saludcoop EPS resulta improcedente, en la medida en que se logró verificar el incumplimiento del principio de subsidiariedad. Lo anterior, por cuanto la pretensión de las accionantes y la conducta que vulnera los derechos fundamentales de sus hijos menores tienen que ver con la negativa de la entidad prestadora de servicios de suministrar algunos tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Así, tal como se mencionó anteriormente, la Superintendencia Nacional de Salud es competente para resolver este tipo de conflictos.”

3.16. Dicha sentencia y otras que ratifican ese criterio interpretativo[24], han resaltado que el procedimiento introducido por la Ley 1438 de 2011, para resolver las controversias que se suscitan entre las EPS u otras entidades que se les asimilen y los usuarios del SGSSS, resulta eficaz e idóneo para lograr la protección efectiva del derecho fundamental a la salud, dado su carácter informal, sumario, principal y preferente.

3.17. Por tanto, como se ha expuesto con anterioridad, dichas determinaciones tienden a apoyar la tesis relativa a que se debe agotar el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pero previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto, pues “tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección”[25].

3.18. No obstante, resulta significativo recordar que, en sede de revisión, esta corporación ha analizado la procedencia de la acción de tutela en casos de acceso efectivo al servicio, frente a la existencia del recurso judicial ante la Superintendencia Nacional de

Salud. En esas disertaciones ha constatado que, pese a erigirse como mecanismo alternativo, el instrumento jurídico bajo análisis adolece de reglamentación suficiente que garantice su idoneidad y eficacia en la protección efectiva de este derecho, particularmente cuando está comprometido gravemente el acceso a los servicios de salud en términos de continuidad, eficiencia y oportunidad.

3.19. En ese orden, ha advertido las lesivas consecuencias que comporta la competencia preferente otorgada al ente de la Rama Administrativa para conocer sobre la protección de garantías tan sensibles como el acceso al derecho fundamental a la salud, consignada en un recurso judicial que carece de suficiente desarrollo normativo y de la capacidad tutiva del juez de tutela para amparar de manera idónea el acceso al derecho a la salud.

3.20. En efecto, la sentencia T-206 de abril 15 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, al abordar el juicio de procedibilidad de la acción incoada contra una EPS-S, por no aprobar los costos de transporte que requería una menor de edad para acceder a especialidades de reumatología y dermatología pediátrica, estableció que si bien el procedimiento de la Superintendencia fue instituido como “preferente y sumario”[26], hay vacíos normativos que debilitan su eficacia. Al respecto precisó:

“Por consiguiente, tanto la flexibilización del juicio de procedibilidad de la acción de tutela ante sujetos de protección constitucional reforzada, como la inseguridad causada por el vacío normativo, conllevan a que la acción de tutela se valore materialmente pese a la existencia de un mecanismo ordinario, para que se dirima la controversia surgida en torno al derecho a la salud de una persona.

Es inaceptable que cualquier juez de tutela se abstenga de estudiar un asunto de esta naturaleza, bajo el argumento de que existe otro medio judicial para atender los requerimientos del accionante, habida cuenta que éste debe iniciar nuevamente otro procedimiento que exigirá el cumplimiento de los términos legales para su decisión, los cuales por perentorios que sean suponen un doble gasto de tiempo para la definición de la situación del peticionario, lo que claramente puede agravar su condición médica e incluso comprometer su vida o su integridad personal.”

3.21. Acorde a todo lo expuesto y conforme a la reafirmada jurisprudencia constitucional sobre el acceso indefectible al servicio de salud y los criterios interpretativos que deben

orientar la labor del servidor judicial, no puede entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud en los casos en los que se invoca la protección del acceso efectivo al servicio.

3.22. Cabe recordar que, al asumir el análisis sobre la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud, es necesario hacer una distinción entre la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento; de un lado, deben observarse los relativos a (i) conflictos sobre multifiliación, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, movilidad dentro del SGSSS y reembolsos por asunción de gastos médicos; y del otro, (ii) los casos que envuelvan el acceso a las actividades, procedimientos e intervenciones, con relación al POS.

3.23. Tal distinción permite discernir que no puede predicarse, indistintamente, la idoneidad del recurso judicial que se analiza frente a todos los asuntos sujetos a su competencia, dadas las garantías que devienen comprometidas en unos u otros conflictos y el nivel de intensidad con que resultan lesionados los atinentes derechos fundamentales.

3.24. En ese orden, no debe asimilarse la naturaleza de los conflictos contenidos en el primer ítem, a la relativa, exclusivamente, al acceso efectivo al servicio, en razón a las garantías fundamentales que envuelve este último y su conexión indefectible con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida misma.

3.25. Por las razones expuestas, no puede entenderse desplazada la competencia del juez de tutela en el escenario constitucional de acceso efectivo al servicio (actividades, procedimientos e intervenciones en relación con el POS), en tanto que lo que está en discusión es la protección directa del derecho fundamental a la salud, ámbito sobre el cual el juez de tutela inexorablemente conserva la competencia.

4. Legitimación por activa en materia de acción de tutela

4.1. La Sala advierte que la señora Rossana Esther Saldaña Manzur, mediante apoderado judicial, ejerció acción de tutela en representación de su hijo Eshneider Duvan Llerena Saldaña por considerar que la EPS Coomeva vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la igualdad, a la dignidad humana y los contemplados en el artículo 44 de la

Constitución.

4.2. La Carta Política en su artículo 86 establece que la acción de tutela es el mecanismo constitucional al cual pueden acudir las personas cuando estas creen que sus derechos fundamentales han sido vulnerados. No obstante, en los casos en que el amparo constitucional no pueda ejercerse de manera directa por el afectado, este podrá acudir a otra persona para que actúe en su nombre.

4.3. Ha de anotarse que esta acción constitucional se debe adelantar mediante un procedimiento preferente y sumario y solo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo en aquellos en donde dicho mecanismo sea utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.4. Así las cosas, la Corte ha señalado que la acción de tutela, regulada en el Decreto Estatutario 2591 de 1991, es un mecanismo que tiene el carácter: i) subsidiario; ii) inmediato; iii) sencillo; iv) específico; y v) eficaz; y se rige por los principios de informalidad y de oficiosidad.”[27]

4.5. En relación con el alcance de la legitimación por activa en materia de tutela, la sentencia T-531 de 2002 indicó:

“La legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, sin embargo la Sala encuentra que a partir de las normas de la Constitución y del decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela: (i) la del ejercicio directo de la acción. (ii) La de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) La de su ejercicio por medio de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo). Y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso.” (Negrilla fuera del texto original)

4.6. El Código Civil en su artículo 62 núm. 1[28], señala que los padres ejercerán la patria potestad de sus hijos menores, y en la ausencia de uno de ellos el otro será quien la

asuma.

Así las cosas, la Corte ha admitido la posibilidad de que la acción de tutela sea promovida por el representante legal del afectado, por tal motivo la señora Saldaña Manzur se encuentra facultada para ejercer la presente acción de tutela y esta a su vez puede ser representada judicialmente para obtener la garantía de los derechos de su menor hijo.

5. Derecho fundamental a la salud de los niños discapacitados. Reiteración jurisprudencial

5.1. La Constitución establece en su artículo 44 que son derechos fundamentales de los niños “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)”. Así mismo, indica dicha norma que estos prevalecen sobre los derechos de los demás. Aunado a ello, se destaca que la familia, la sociedad y el Estado deben asistir al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

5.2. Esta decisión del Constituyente de 1991 se fundamentó en las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante esa etapa de la vida y en la obligación del Estado 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”[29].

5.3. Aunado al carácter fundamental y prevalente que se ha dado a los derechos de los niños, esta Corporación ha señalado que la acción de tutela procede de manera directa para su guarda y protección sin que medie otro derecho para ello. Así, en la sentencia T-206 de 2013 indicó:

“El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías. La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de

forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.”

5.4. Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en lo que atañe al derecho a la salud, ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991[30].

5.5. No obstante, la Ley 1751 de 2015[31] establece como uno de los principios del derecho fundamental a la salud, la prevalencia de derechos, en esa medida dispone que: “El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;(…)”.

5.6. Igualmente, el mismo cuerpo normativo en su artículo 11[32] resalta que los niños y niñas como las personas en condición de discapacidad, son sujetos de especial protección constitucional. En ese entendido, indica que el Estado deberá proteger de manera especial a dichos sujetos, así como deberá garantizarse la atención en salud sin restricciones de tipo administrativo o económico.

5.7. De otro lado, en lo que atañe a la guarda de los derechos de las personas en estado de discapacidad, la Corte ha establecido que le asiste el deber al Estado de adoptar las medidas necesarias para que esta población disfrute de sus derechos sin ser discriminados ni marginados por la sociedad. Así, en la Sentencia T-288 de 1995, indicó:

“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o

psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”[33]

5.8. En cuanto al derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad, la Corte ha establecido que la atención que se les suministra debe caracterizarse por procurar la mejoría del paciente, buscar que este avance en el proceso de recuperación de su limitación física, psíquica o sensorial y su tratamiento debe estar acompañado por personal especializado. Al respecto, la Sentencia T-197 de 2003 señaló:

“(...) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”

5.9. Finalmente, esta Corporación ha indicado que el tratamiento que se debe suministrar al niño con discapacidad debe caracterizarse por ser íntegro. Así las cosas en la Sentencia T-179 de 2004 señaló:

“Por consiguiente, 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...”

Esta Corporación ha indicado que es labor del Estado garantizar a los menores en condición de discapacidad la totalidad del tratamiento así como que el servicio de salud que se les preste debe caracterizarse por ser especializado. Así, la Sentencia T-862 de 2007 reiteró:

“De otra parte, la protección constitucional a los niños se encuentra reforzada cuando padecen de alguna clase de discapacidad, la cual tiene fundamento en los artículos 13 y 47 Superiores. Dichos mandatos generan para el Estado la obligación de implementar un trato favorable para ellos, a través de acciones afirmativas que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de inferioridad o desventaja con el propósito que puedan remediarlas eficazmente. En esta labor, el Estado debe asegurar que a los discapacitados, se les brinde la totalidad del tratamiento previsto para su enfermedad. (Negrilla fuera del texto original)

Bajo este contexto, el servicio en salud al que tienen derecho las personas con discapacidad debe ser especializado, en cuanto que éstas son merecedoras de una atención acorde a su situación. De ahí que, si el niño es beneficiario del Régimen de Seguridad Social, los facultativos deben acudir a los avances de la ciencia médica para procurarle una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse.”[34] (Negrilla fuera del texto original)

5.10.

De otro lado, la legislación no ha sido ajena a los derechos de los discapacitados. En tal medida las leyes 1346 de 2009, 1618 de 2013 y 1751 de 2015 disponen que las personas con discapacidad son sujetos de especial protección, por cuanto al Estado le asiste el deber de velar por la garantía de sus derechos entre ellos el de salud y rehabilitación, por lo que deberá adoptar las medidas tendientes a brindar una atención en salud oportuna que le permita a la persona progresar en su limitación.

5.11.

De esta manera, debe advertirse que los infantes requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas.

5.12. De todo lo anterior se colige que los niños y niñas en condición de discapacidad gozan de una protección especial en la que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías superiores.

6. El derecho al tratamiento integral en materia de seguridad social en salud. Reiteración jurisprudencial

6.1. Uno de los principios que rodean al Sistema de Salud en Colombia, es el de integralidad[35] entendido como la capacidad con la que cuenta dicho esquema para garantizar las contingencias que afecten a la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población.

6.2. La jurisprudencia ha señalado que el principio de integralidad supone que el servicio suministrado debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. En ese sentido, la Corte ha indicado que: “en virtud del principio de integralidad en materia de salud, la atención y el tratamiento a que tiene derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos por la

ley.”[36]

6.3. No obstante, esta Corporación ha sostenido que cuando por parte del usuario se requiere una atención integral de salud, su médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere con necesidad. De no poder especificarse cuáles son los servicios, le corresponde al juez constitucional determinar haciendo uso de algunos criterios para establecerlas. En tal sentido, la Corte sostuvo:

“Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Aparte de lo expuesto este Tribunal también se ha referido a algunos criterios determinadores en relación al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. En tal sentido ha señalado que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.”[37]

6.4. Acorde con la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, la seguridad social en salud en Colombia se rige por el principio de la atención integral, lo que se ve reflejado en los contenidos del plan obligatorio de salud. De acuerdo con este principio, las personas afiliadas al régimen de seguridad social en salud tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación

de la enfermedad, lo que significa que las empresas promotoras de salud están obligadas a prestar estos servicios a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos, respetando en todo caso dicho principio de integralidad.

6.5. Entre tanto, la Ley Estatutaria de Salud[38] en su artículo 8[39] establece la integralidad como uno de sus pilares fundamentales, en esa medida advierte que los servicios de salud deben ser suministrados en su totalidad para prevenir, paliar o curar la enfermedad. Así mismo, señala que no puede haber fragmentación en la responsabilidad al momento de prestarse el servicio de salud.

6.6. Así las cosas, teniendo como base los criterios antes mencionados el Tribunal Constitucional ha concedido en distintas oportunidades el derecho a obtener un tratamiento integral, que como se advirtió en casos donde los afectados son niños o discapacitados, este principio debe garantizarse, máxime si se está en presencia de sujetos vulnerables y de especial protección constitucional.

7. El derecho al diagnóstico como elemento constitutivo del derecho a la salud. Reiteración jurisprudencial

7.1. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el derecho al diagnóstico[40] hace parte del derecho fundamental a la salud. En esa medida, “es indispensable para llegar a una recuperación definitiva de una enfermedad o a mejorar la calidad de vida del paciente. De manera que la negación del mismo, impide que se realice el tratamiento adecuado y preciso que requiere el afectado. Pero, no solo la negativa del derecho al diagnóstico vulnera los derechos constitucionales, sino cuando no se práctica a tiempo o se realiza de forma negligente, complicando en algunos casos el estado de salud del paciente hasta el punto de llegar a ser irreversible su cura, eventos en los cuales, puede llegar a afectar gravemente la salud y la dignidad humana del paciente al someterlo de manera interminable a las afecciones propias de su mal estado de salud.[41]”

7.2. En la misma línea, ha definido el derecho al diagnóstico como: “la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera

completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen”[42]

7.3. De otro lado, esta Corporación ha determinado que el diagnóstico constituye una faceta importante en la prestación de los servicios de salud, porque para dar aplicación al principio de calidad, se debe tener conocimiento del estado de salud de la persona desde la perspectiva de un profesional en la materia.

7.4. Sobre el particular, en la sentencia T-639 de 2011 se indicó: “Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. [...] Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados”[43].

7.5. En lo que atañe al contenido del derecho al diagnóstico esta Corporación ha señalado que:

“La órbita del derecho al diagnóstico se encuentra conformada por tres aspectos: (i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.”[44] (Negrilla fuera del texto original)

7.6. Por último, en sentencia T-096 de 2011 la Corte indicó la relación que existe entre el derecho al diagnóstico y el derecho a la información. En tal sentido, señaló: “Asimismo, el derecho al diagnóstico guarda íntima relación con el derecho a la información vital, pues de este modo la persona desarrolla su derecho a controlar su salud y su cuerpo dentro del marco de su derecho fundamental a la autonomía.”[45].

7.7. En conclusión, el derecho al diagnóstico es un aspecto integrante del derecho a la salud por cuanto es indispensable para lograr la recuperación definitiva de una enfermedad y, por tanto, el aplazamiento injustificado de la prestación del servicio de salud que requiere una persona para determinar su diagnóstico, le genera una prolongación del dolor e impide que una persona pueda vivir dignamente.

8. Competencia del médico tratante para fijar el tratamiento a seguir después de llevarse a cabo el diagnóstico. Reiteración jurisprudencial

8.1. De otro lado, cabe resaltar que la garantía del derecho a la salud no se agota con la realización del diagnóstico por parte del personal de la EPS, sino que además comprende la fijación del tratamiento que debe seguirse para menguar los efectos de la enfermedad que padezca la persona de acuerdo a cada caso en concreto. En esa medida esta Corporación, ha señalado que la persona idónea para establecer cuál es el tratamiento que se debe seguir para paliar la enfermedad es el médico tratante, por cuanto es la persona que cuenta con los conocimientos científicos, conoce la historia clínica del paciente.

Así, en Sentencia T-023 de 2013 se indicó:

“Esta Corte ha señalado que el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona, y el tratamiento que se debe seguir, es el médico tratante; es su decisión el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, el cual, a su vez, se fundamenta, en la relación que existe entre el conocimiento científico con que cuenta el profesional, y el conocimiento certero de la historia clínica del paciente. Así las cosas, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro Sistema de Salud para garantizar que los usuarios reciben atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan, sean adecuados, y no exista riesgo para la salud, integridad o vida del usuario.” (negritas fuera de texto original)

En igual sentido, la Sentencia T-345 de 2013 señaló:

“La Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar

capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente[46]”. (negrilla fuera de texto original)

8.2. En conclusión, el acceso efectivo a los servicios de salud reconoce en primera medida una valoración médica oportuna -diagnóstico- que permite establecer el estado de salud del paciente al momento de su realización. No obstante lo anterior, el médico tratante es el competente para determinar el tratamiento adecuado que requiere el paciente, como quiera que es la conducta que permitirá al usuario del sistema de salud saber cuáles son los pasos posteriores al diagnóstico que permitió establecer la patología que padece.

Situaciones previas

Denota el Despacho que hasta el momento se ha recibido la comunicación allegada por Coomeva EPS mediante correo electrónico allegado el 22 de junio de 2015 en el cual da respuesta al Auto de 27 de mayo de 2015. Entre tanto, advierte la Sala, que la accionante pese a ser requerida oportunamente para que allegara la información solicitada mediante el mencionado proveído, a la fecha no se ha pronunciado respecto del requerimiento hecho en relación con las actuaciones realizadas por ella y encaminadas a obtener el diagnóstico y el tratamiento a seguir para menguar los efectos de la enfermedad que padece su hijo, ante Coomeva EPS. En esa medida, la Sala advierte que se pronunciará de fondo con la información y los elementos probatorios que acompañan el expediente.

9.1. Mediante apoderado judicial, actuando en representación de su hijo menor Eshneider Duvan Llerena Saldaña, la señora Rossana Esther Saldaña Manzur instauró acción de tutela en contra de Coomeva EPS por considerar que esta vulneró los derechos fundamentales de los niños contemplados en el artículo 44 de la Constitución, en especial, la vida, la igualdad, la salud y la seguridad social del menor al no suministrarle el tratamiento requerido para menguar los efectos producidos por la Hidrocefalia con discapacidad y parálisis que padece.

El Juzgado Once Penal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla avocó conocimiento y dispuso correr traslado a la accionada para que esta se pronunciara. Agotada esta fase procesal, la EPS no se pronunció sobre las pretensiones de la acción, por lo cual el Despacho de conocimiento procedió a manifestarse de fondo.

El 8 de enero de 2015, el Juzgador de instancia dictó sentencia en la cual negó el amparo de los derechos incoados por la accionante, considerando que no obra en el expediente prueba que permita inferir que el menor Eshneider Duvan Llerena Saldaña se encuentra afiliado a Coomeva EPS, así como tampoco se observa petición por parte de la demandante a la EPS en donde solicite el tratamiento adecuado para paliar la patología que su menor hijo padece. En consecuencia, no se demostró la negativa de la entidad para suministrar el tratamiento requerido. La decisión se adoptó, con observancia a la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

9.2. Inicialmente la Sala debe señalar que la acción de tutela procede en el caso bajo examen, puesto que como se indicó el menor Llerena Saldaña es un sujeto de especial protección constitucional por doble vía a saber (i) es un niño, por tanto sus derechos prevalecen sobre los demás, así mismo (ii) es una persona en situación de discapacidad lo que lo coloca en una posición débil respecto de los demás, en esa medida los requisitos para que proceda la acción constitucional deben flexibilizarse con el fin de analizarse el caso planteado determinar si es procedente el amparo de los derechos solicitados.

9.3. Advierte la Sala que la accionante está habilitada para ejercer el mecanismo constitucional en representación de su hijo, por cuanto es la madre de este, con base en lo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación y lo estipulado en el artículo 62 núm. 1 del Código Civil[47]. No obstante, debe señalarse que la señora Saldaña Manzur acudió a los servicios de un apoderado judicial con el fin de que la asista y la represente en el trámite de tutela en búsqueda de la garantía de los derechos fundamentales de su hijo, actuar que se enmarca dentro de su gestión en favor del menor.

9.4. Esta Sala en aras de establecer si el menor Llerena Saldaña se encontraba o no afiliado a la mencionada promotora de salud, acudió al Registro Único de Afiliados (RUAF). En esa medida, advierte este despacho que producto de la consulta[48] hecha, se constató que el niño está afiliado al régimen contributivo de salud a Coomeva EPS, en calidad de beneficiario y se encuentra activo dentro del mismo[49]. Esta información fue confirmada por el informe de 22 de junio de 2015 allegado por Coomeva EPS.

9.5. La Sala concluye que el menor efectivamente se halla afiliado a Coomeva EPS como se adujo por parte de la accionante en los hechos enunciados en el escrito tutelar, lo cual,

en principio, permite inferir que el juez de instancia no hizo uso de las facultades que le otorga el Decreto Estatutario 2591 de 1991[50], en aras de requerir de la entidad accionada información tendiente a verificar el estado de afiliación del menor o haber utilizado los mecanismos que le brindaran claridad para pronunciarse de fondo sobre dicho aspecto.

9.6. Ahora bien, de las pruebas aportadas por la parte accionante al expediente no se logra concluir que la EPS Coomeva haya suministrado el tratamiento adecuado para repeler los efectos de la enfermedad padecida por el menor Llerena Saldaña. Por lo anterior, se observa que aparentemente la vulneración de los derechos fundamentales del niño ha perdurado en el tiempo, en la medida en que el médico tratante no indicó cual debía ser el tratamiento a seguir para menguar los efectos de la enfermedad de base del menor.

9.7. En contraposición a lo anterior, la EPS Coomeva en el escrito allegado el 22 de junio mediante el cual dio respuesta al Auto de 27 de mayo de 2015, evidencia que el menor Llerena Saldaña ha sido atendido y diagnosticado por médicos y pediatra adscritos a esa EPS, así mismo, dichos profesionales han ordenado la realización de exámenes especializados, tales como electroencefalograma y tomografía de tórax con el fin de verificar la evolución de la enfermedad que padece el menor.

9.8. Por lo anterior, la Sala denota que la acción de tutela es procedente en la medida en que es necesario garantizar la eficacia y prevalencia de los derechos fundamentales del niño, puesto que como se expuso, pese a que Coomeva EPS ha suministrado la atención y los exámenes que los médicos tratantes del menor han dispuesto. Por tal motivo, la Sala estima que la gestión de dicha promotora de salud no ha sido suficiente, en la medida en que los exámenes que se han practicado al niño datan de los años 2009 y 2013, lo cual no permite establecer el estado actual de salud de Eshneider Duvan.

9.9. De otro lado, se observa que a la fecha no se ha fijado por parte de dicha EPS el tratamiento que con posterioridad al diagnóstico de hidrocefalia debía adelantarse al menor, puesto que como se advirtió, del documento allegado no se concluye que Eshneider Duvan haya sido valorado por la neuropediatra mencionada y mucho menos que esta hubiera determinado el tratamiento que posteriormente debía suministrársele, conforme lo ordenó el pediatra Emilio Camilo Oyola Herazo.

9.10. En esa medida, debe advertirse que el directo afectado se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por cuanto es menor de edad, además se halla en situación de discapacidad, por lo cual la acción de tutela se torna viable.

9.11. La Sala resalta con base en la jurisprudencia de esta Corporación, que los derechos de los niños, niñas y adolescentes están catalogados como fundamentales, así mismo la Constitución establece que prevalecen sobre los demás y que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de asistirlos en caso de que estos así lo requieran. Lo anterior se traduce en el interés superior que se ha dado a los menores de edad.

9.12. Así las cosas, el niño Llerena Saldaña es un sujeto de especial protección constitucional por doble vía, por ser menor de edad y encontrarse en situación de discapacidad. En esa medida, sus derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 de la Constitución, en especial la vida, la igualdad, la salud y la seguridad social deben ser amparados por esta sala, debido a que como se ha expuesto la vulneración de estos ha persistido, en la medida en que no se ha fijado el tratamiento que debe suministrarse al niño después de ser diagnosticado con hidrocefalia.

9.13. Lo anterior, por cuanto Coomeva EPS, el médico tratante y la neuropediatra del menor, no han fijado el tratamiento que debe adelantarse para aminorar los efectos de la patología que diagnosticada. Así, la Corte ordenará que Eshneider Duvan sea diagnosticado nuevamente por su médico tratante adscrito a la EPS Coomeva, para establecer el estado actual en que se encuentra su salud y, en consecuencia, le sea suministrado el tratamiento clínico idóneo fijado por el profesional de la salud, lo anterior con el fin de mejorar su calidad de vida.

9.14. En cuanto a la solicitud de una silla de ruedas especial, terapias a domicilio, pañales y suplementos alimenticios, la Sala estima necesario que una vez realizado el diagnóstico por parte del médico tratante adscrito a la EPS Coomeva, sea ese mismo profesional quien determine inmediatamente si el paciente Llerena Saldaña requiere las prestaciones de salud mencionadas antes y solicitadas por la accionante en el escrito tutelar.

9.15. La Sala debe advertir a Coomeva EPS que debe garantizar de manera oportuna, integral e inmediata las prestaciones de salud a que haya lugar y que fueren prescritas por

los médicos de esa entidad, estén o no incluidas en el POS, en razón a que como se indicó en esta providencia, a las personas discapacitadas se les debe suministrar una atención en salud que se caracterice por ser eficiente, de calidad e íntegra, para así asegurar un tratamiento óptimo y una rehabilitación que mejore su calidad de vida.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el ocho (8) de enero de dos mil quince (2015) por el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Barranquilla que negó la solicitud de amparo. En su lugar, CONCEDER la acción impetrada por la señora Rossana Esther Saldaña Manzur en representación de su menor hijo Eshneider Duvan Llerena Saldaña, por la violación de sus derechos fundamentales contemplados en el artículo 44 de la Carta Política en especial la vida, igualdad, salud y seguridad social.

Segundo.- ORDENAR a Coomeva EPS, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, diagnostique y valore al menor Eshneider Duvan Llerena Saldaña, con el fin de determinar cuál es su estado actual de salud.

Tercero.- Una vez realizado el diagnóstico y la valoración al menor, ORDENAR a Coomeva EPS que de manera inmediata disponga cuál es el tratamiento a seguir y determine si el menor Eshneider Duvan Llerena Saldaña requiere de la silla de ruedas, las terapias a domicilio, los pañales y el suplemento alimenticio solicitados.

Quinto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que apoye, acompañe y vigile el cumplimiento del presente fallo, en orden a garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Oficiése por la Secretaría General de esta Corporación a la Defensoría Regional del Atlántico.

Sexto.- LÍBRENSE por secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto Reglamentario 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno de tutela, folios 1 a 14.

[2] Cuaderno de tutela, folio 16.

[3] Cuaderno de tutela, folios 21.

[4] Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

[5] Cuaderno de tutela, folios 52 a 61.

[6] Cuaderno de tutela, folio 14.

[7] Cuaderno de tutela, folio 15.

[8] Cuaderno de tutela, folio 16.

[9] Cuaderno de tutela, folios 17 a 20.

[10] Cuaderno de tutela, folio 21.

[11] Cuaderno de tutela, folio 22.

[12] Cuaderno de tutela, folio 23

[13] El Proveído fue enviado al correo electrónico blanca160389@gmail.com el día 29 de mayo de 2015, a las 15:37 pm.

[14] El proveído fue enviado al correo electrónico correoinstitucionaleps@coomeva.com.co el día 1 de junio de 2015, a las 9:09 am.

[15] Hidrocefalia con discapacidad y parálisis.

[16] Cfr. T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.

[17] Cfr. T-200 de marzo 15 de 2007 y T-548 de julio 17 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (ambas).

[18] Cfr. T-650 de septiembre 17 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto.

[19] La Corte Constitucional, en sentencia C-671 de agosto 20 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)”.

[20] “1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se

puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.”

[21] Arts. 49 Constitución y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[22] Art. 41, Ley 1122 de 2007.

[23] La Ley 1438 de 2011, que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia de Salud, al adicionar tres asuntos a los cuatro anteriormente relacionados e instituir, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia, un procedimiento “preferente y sumario”, el cual se debe desarrollar “con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

[24] Cfr. T-914 de junio 13 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo; T-004 de junio 1º de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

[25] T-1180 de diciembre 2 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[26] De igual manera, en la sentencia T-234 de abril 18 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se analizó la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud frente a la competencia de la Superintendencia.

[27] Sentencia C-483 de 2008.

[28] “Representantes de incapaces: “1o. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente: Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años. Si falta uno de los padres la representación legal será ejercida por el otro”

[29] Artículo 13.

[30] Sentencia T-037 de 2006: Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, entre otros.

[31] “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

[32] Artículo 11. Sujetos de especial protección. “La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (...)”

[33] Sentencia T-288 de 1995.

[34] Sentencia T-518 de 2006.

[35] Ley 100 de 1993, artículo 2 literal d: “Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley.”

[36] Corte Constitucional, Sentencia T-133 de 2001.

[37] Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2009.

[38] Ley 1751 de 2015.

[39] “La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen

de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

[40] El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994 define el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”.

[41] Sentencia T-361 de 2014.

[42] Sentencia T-849 de 2001, reiterada en Sentencia T-298 de 2013.

[43] Sentencia T-398 de 2008.

[44] Ibídem.

[45] Sentencia T-274 de 2009.

[46] Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Puede consultarse al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995, SU-480 de 1997 y SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-410 de 2010 y T-873 de 2011.

[47] “Representantes de Incapaces: “1o. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente: Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años. Si falta uno de los padres la representación legal será ejercida por el otro”

[48] La Sala considera relevante dejar claro que la consulta hecha ante el RUAF se llevó a cabo utilizando el número de Tarjeta de identidad del menor

[49] [file:///D:/Users/JuanGG/Downloads/D04AfiliacionesPersonaRUAF%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/JuanGG/Downloads/D04AfiliacionesPersonaRUAF%20(1).pdf) consulta

realizada el 27 de mayo de 2015.