

T-481-15

Sentencia T-481/15

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Nexo e importancia con los principios de integralidad y de continuidad

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad

El principio de integralidad protege las facetas del derecho a la salud y la necesidad de que el paciente reciba todas las atenciones que requiere. El juez constitucional en algunos casos puede ordenar un amparo integral para el paciente que se encuentra afectado en su salud, según algunos criterios específicos que eliminan el carácter general y futuro de esas disposiciones.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales sobre la prueba

JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Requisitos establecidos por la jurisprudencia para que una determinada garantía sea protegida por el juez de tutela

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD-Componentes educativos que pueden ser ordenados mediante acción de tutela

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS autorice sesiones de rehabilitación neuropsicológica, ordenada por médico tratante a menor quien sufre retraso mental leve

Referencia: Expediente T-4.844.532

Acción de tutela instaurada por Yolanda Agudelo Cartagena en representación de su menor hijo Juan David Agudelo Cartagena contra Nueva EPS.

Derechos fundamentales: salud, integridad personal, dignidad humana y prevalencia de los derechos de los niños y niñas.

Problema jurídico: Determinar si Entidad Promotora de Salud Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la prevalencia de los derechos de los niños y niñas del menor de edad Juan David Agudelo Cartagena, por negarse a autorizar tratamiento integral de rehabilitación neuropsicológica ordenado por su médico tratante al argumentar que éste contiene elementos educativos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Temática: i) legitimación en la causa por activa en la acción de tutela en los eventos en que la demanda la promueve una persona distinta al titular del derecho; ii) el derecho fundamental a la salud en sujetos de especial protección constitucional y su nexo e importancia con los principios de integralidad y de continuidad; iii) atención en salud de los niños y niñas; iv) principio de integralidad en el derecho a la salud; v) ausencia de capacidad económica dentro del Sistema General de Salud; y, (vi) justiciabilidad del derecho a la salud.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil quince (2015)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por las Magistradas María Victoria Calle Correa, Myriam Ávila Roldán y el Magistrado Alberto Rojas Ríos, 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 proceso de revisión del fallo proferido el 6 de febrero de 2015 por el Juzgado

Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia, en la acción de tutela incoada por Yolanda Agudelo Cartagena en nombre y representación de su menor hijo Juan David Agudelo Cartagena contra la entidad promotora de salud NUEVA EPS.

I. ANTECEDENTES

Yolanda Agudelo Cartagena interpuso acción de tutela contra NUEVA EPS a fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de su hijo Juan David Agudelo Cartagena a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, en atención a los siguientes

1.1. Hechos

Manifiesta la accionante que su hijo Juan David cuenta con 8 años de edad, y desde que tenía 7 años, comenzó a presentar problemas neurológicos que le dificultan su desarrollo cognitivo y retrasan su aprendizaje.

En la actualidad el menor de edad Juan David se encuentra afiliado a la NUEVA EPS en calidad de beneficiario y accede a los servicios en salud a través de la IPS Universitaria de la Universidad de Antioquia.

Según concepto médico laboral rendido por el galeno Julián Andrés López, médico especialista en neuropsicología, el menor Juan David Agudelo Cartagena presenta “retraso mental leve [con] deterioro del comportamiento nulo o mínimo” con diagnóstico de discapacidad cognitiva con un CI bajo de 72, trastorno de ansiedad escolar, trastorno de la producción del lenguaje y dislalias.

Debido a lo anterior, su médico tratante, adscrito a la IPS Universitaria de la Universidad de Antioquia el 9 de junio de 2014, le ordenó al menor Juan David Agudelo Cartagena 10 sesiones de “rehabilitación neuropsicológica” de carácter prioritario, con el fin de fortalecer sus funciones cerebrales superiores al argumentar que “su discapacidad afecta su desempeño en las AVD” y “la rehabilitación neuropsicológica mejoraría su adaptabilidad social y su funcionamiento cerebral”.

Informa la representante legal del menor de edad, que solicitó a la Nueva EPS la autorización y práctica de las terapias de rehabilitación neuropsicológicas al menor Juan

David, sin embargo, la entidad promotora de salud accionada negó la petición al argumentar que la rehabilitación neuropsicológica hace referencia a una tecnología de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que se lleva a cabo durante un proceso de rehabilitación social o laboral y no corresponde al ámbito de la salud aunque sea realizada por personal del médico. La EPS accionada concluyó que las referidas terapias se encuentran excluidas del POS, según lo regulado en el artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013.

Sostiene la peticionaria que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de las terapias ordenadas a su hijo, que en la actualidad sufre un “tortuoso calvario” cada vez que tiene que desplazarse desde el municipio de Amalfi, Antioquia, lugar de su residencia, hasta la ciudad de Medellín, pues en ocasiones no cuenta con el dinero suficiente para asumir los viáticos que le genera el traslado.

Por lo anterior, interpuso acción de tutela a fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de su hijo Juan David Agudelo Cartagena y solicitó que la NUEVA EPS garantice el tratamiento integral que su hijo necesita, pues padece una enfermedad progresiva y constituye un factor de riesgo si no es atendido con prioridad.

1.2. Respuesta de NUEVA EPS

En respuesta de la presente acción de tutela, la entidad accionada se opuso a las pretensiones de la accionante al argumentar que el tratamiento solicitado no se encuentra incluido en el POS, y por tal motivo, no le es posible a la entidad prestadora de salud adelantar ningún tipo de gestión tendiente a autorizar el suministro de los insumos o servicios solicitados, pues por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud le corresponde al usuario o a su representante asumir el costo y en caso de no contar con recursos podría acudir a entidades públicas o privadas que tengan contrato con el Estado en la forma en que lo establece el parágrafo del artículo 28 del Decreto 806 de 1998.

Informó que luego de realizar el estudio por parte del área médica de NUEVA EPS, se concluyó que, según el artículo 17 de la Resolución 5521 de 2013, la rehabilitación neuropsicológica hace referencia a una tecnología de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que se lleva a cabo durante un proceso de rehabilitación social o laboral y no corresponde al ámbito de la salud aunque sea realizada por personal médico.

Con base en lo anterior, indicó que NUEVA EPS está dando cabal cumplimiento a sus obligaciones como EPS y continuará suministrándole al usuario todos los tratamientos y exámenes que requiera, conforme a la realidad y pertinencia médica que pueda presentar y con los requisitos exigidos por las normas vigentes.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Primera Instancia

En sentencia dictada el 6 de febrero de 2015, el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia negó la acción de tutela promovida contra NUEVA EPS al considerar que las peticiones elevadas por vía de amparo no son procedente en la medida en que, el trámite tutelar, en general, no es sustitutivo ni eliminatorio de los procesos ordinarios, especiales o trámites administrativo, establecidos por el legislador, para dirimir las diferentes controversias que se presenten; y no puede pretender la actora que el juez constitucional invada la órbita de competencia de otras autoridades, entidades, etc., como en el caso concreto, donde las atribuciones y/o funciones, son asumidas por el Comité Técnico Científico de la NUEVA EPS, como entidad prestadora de salud, para autorizar la realización de procedimientos que no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS. La anterior decisión no fue objeto de impugnación.

2.2 Actuaciones adelantadas por la Corte Constitucional dentro del trámite de revisión.

2.2.1 Para mejor proveer, el Magistrado ponente, mediante auto del nueve (9) de junio de dos mil quince (2015), ordenó la práctica de las siguientes pruebas que aportaran mayores elementos de juicio para adoptar una decisión:

Se ofició a la facultad de medicina de la Universidad de los Andes y de la Universidad Nacional de Colombia, así como, al Ministerio de Salud y Protección Social, para que remitieran a este Despacho información sobre:

“¿Qué es la neuropsicología?

¿La rehabilitación neuropsicológica corresponde al ámbito de la salud o de la educación?

¿Las terapias de rehabilitación neuropsicológica solo pueden tener carácter educativo,

instructivo o de capacitación?

¿Qué beneficios generaría la rehabilitación neuropsicológica a un menor de edad diagnosticado con “retraso mental leve [con] deterioro del comportamiento nulo o mínimo”, discapacidad cognitiva con un CI bajo de 72, trastorno de ansiedad escolar, trastorno de la producción del lenguaje y dislalias?

¿La rehabilitación neuropsicológica puede impedir el avance de la enfermedad que padece el menor Juan David Agudelo Cartagena, mejorar su trastorno escolar y de producción del lenguaje, contribuyendo a su calidad de vida en condiciones dignas?”

2.3 Por medio de oficio D-FCH-248-15 del veintitrés (23) de junio de dos mil quince (2015), el Decano de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia remitió el siguiente concepto en torno a la información que requirió este Despacho, en los siguientes términos:

2.3.1 ¿Qué es la neuropsicología?

La PhD neuropsicóloga Patricia Montañez, profesora asociada a la Universidad Nacional de Colombia, indica que la neuropsicología ha sido definida en tres campos de acción:

i) En el estudio de la organización normal y anormal de los fenómenos cognitivos y comportamentales en el sistema nervioso, estableciendo correlaciones entre áreas cerebrales y éstos fenómenos, cuyo objetivo se desarrolla por medio de procedimientos tanto clínicos como experimentales y principalmente en la observación sistemática de pacientes con algún daño focal o global en el sistema nervioso.

Este campo comprende tanto el área clínica como la rehabilitación neuropsicológica. En la primera, el ejercicio principal es la evaluación neuropsicológica con el objetivo de diseñar y aplicar procedimientos de diagnósticos a personas con alteraciones cognitivas y comportamentales secundarias a un daño cerebral.

ii) El segundo campo, aplicado a la rehabilitación neuropsicológica, se encarga del diseño e implementación de procedimientos, técnicas y estrategias de intervención que permitan al paciente, a sus familiares y cuidadores manejar y reducir las consecuencias de la lesión o alteración cerebral con el fin de lograr que el paciente pueda retornar en lo posible de

manera segura, productiva e independiente a sus actividades cotidianas.

2.3.2 ¿La rehabilitación neuropsicológica corresponde al ámbito de la salud o de la educación?

Al respecto, la facultad requerida informó que, aunque la rehabilitación neuropsicológica puede tener un papel importante en el ámbito educativo, así como, en el desarrollo de políticas y prácticas educativas, preventivas y de atención temprana en la infancia y la adolescencia, ésta tiene su principal campo de acción en el ámbito de la salud, la cual se enfoca en pacientes que presentan una alteración celebrar congénita o adquirida.

2.3.3 ¿Las terapias de rehabilitación neuropsicológica solo pueden tener carácter educativo, instructivo o de capacitación?

Sobre el anterior interrogante la neuropsicóloga asociada a la Universidad Nacional indicó que las terapias de rehabilitación neuropsicológica no solo tienen tener carácter educativo, instructivo o de capacitación. Para argumentar su afirmación, sostuvo que la referida rehabilitación tiene como objetivo principal el diseño de implementación de estrategias de intervención que permitan al paciente y a su familia manejar y reducir las consecuencias de las alteraciones cerebrales, por lo cual se circunscribe principalmente en un ámbito clínico, que parte de una evaluación neuropsicológica completa e integral, de la cual se plantean objetivos específicos para cada paciente en particular.

2.3.4 ¿Qué beneficios generaría la rehabilitación neuropsicológica a un menor de edad diagnosticado con “retraso mental leve [con] deterioro del comportamiento nulo o mínimo”, discapacidad cognitiva con un CI bajo de 72, trastorno de ansiedad escolar, trastorno de la producción del lenguaje y dislalias?

En relación con los beneficios que generaría la rehabilitación neuropsicológica al menor Juan David, la doctora Patricia Montañez manifestó que a partir de una evaluación de todos los dominios cognitivos, el perfil intelectual y las habilidades de rendimiento académico y de un examen funcional o comportamental del paciente, donde se evidencien las habilidades adecuadamente, un neuropsicólogo infantil puede plantear un programa de rehabilitación integral que permita al paciente lograr el mayor grado de funcionalidad posible, determinando las condiciones médicas, familiares y educativas.

Indicó que la rehabilitación neuropsicológica juega un papel importante en la rehabilitación integral de un paciente, sin embargo, refiriéndose al caso objeto de estudio, afirmó que “el grado de avance o de beneficios que el niño logrará con una rehabilitación neuropsicológica dependerá del grado de afectación que tenga, de los factores causantes del (sic) las alteraciones cognitivas, comportamentales y funcionales que sean congénitos o adquiridos, del momento del neurodesarrollo en el que se encuentre, del trabajo integral con otras profesiones, en este caso psiquiatría infantil, neuropediatría, fonoaudiología, terapia ocupacional, entre otras, y del trabajo en conjunto entre familiares, profesores y terapeutas”.

2.3.5 ¿La rehabilitación neuropsicológica puede impedir el avance de la enfermedad que padece el menor Juan David Agudelo Cartagena, mejorar su trastorno escolar y de producción del lenguaje, contribuyendo a su calidad de vida en condiciones dignas?”

Finalmente, en el concepto enviado por la Universidad Nacional de Colombia se indica que no es posible establecer el grado de evolución hacia una mejoría del menor de edad agenciado en el presente caso, puesto que no se conoce el perfil cognitivo, las habilidades conservadas o adecuadamente desarrolladas, los factores causales, la etiología de las alteraciones ni los factores de riesgos, etc. Sin embargo, sostiene que la rehabilitación neuropsicológica podría ayudar a la conservación de las habilidades que tenga presentes el niño Juan David, a estimular su trabajo académico con un plan de intervención específico a partir de una adecuada evaluación y formar parte de una rehabilitación y cuidado integral que debe involucrar a sus médicos tratantes, a su familia y a su entorno educativo.

Se resalta que al anterior proceso se le debe realizar un seguimiento longitudinal, estableciendo pautas y objetivos progresivos. Lo anterior, por cuanto la rehabilitación neuropsicológica no puede concebirse en forma aislada, por cuanto, con su aplicación, más que impedir el avance de una enfermedad, facilita su comprensión, lo que genera que tanto paciente como familiares puedan compensar las dificultades y tomar decisiones acerca de aspectos funcionales, sociales y educativos.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1 Competencia

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

3.2 Problema jurídico

Corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar si la Entidad Promotora de Salud Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la prevalencia de los derechos de los niños y niñas del menor de edad Juan David Agudelo Cartagena, por negarse a autorizar tratamiento integral de rehabilitación neuropsicológica ordenado por su médico tratante al argumentar que éste contiene elementos educativos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Para el efecto la Sala se ocupará del estudio de los siguientes temas: i) legitimación en la causa por activa en la acción de tutela en los eventos en que la demanda la promueve una persona distinta al titular del derecho; ii) el derecho fundamental a la salud en sujetos de especial protección constitucional y su nexo e importancia con los principios de integralidad y de continuidad; iii) atención en salud de los niños y niñas; iv) principio de integralidad en el derecho a la salud; v) ausencia de capacidad económica dentro del Sistema General de Salud; (vi) justiciabilidad del derecho a la salud; y, luego analizará (vii) el caso concreto.

3.3. Legitimación en la causa por activa en la acción de tutela en los eventos en que la demanda la promueve una persona distinta al titular del derecho. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende la protección de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular. No obstante, estas características no relevan al demandante de cumplir ciertos requisitos mínimos de procedibilidad, entre ellos demostrar la legitimación en la causa en el asunto respectivo[1].

El artículo 86 de la Constitución[2] estableció que cualquier persona puede promover la acción de tutela por sí misma o a través de otra que actúa en su nombre. En desarrollo de

esa norma superior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[3] reconoció que la persona que vea vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales puede utilizar la acción de tutela para que ella o su representante conjure esa situación. Además, previó la posibilidad de que un tercero agencie los derechos del afectado y solicite su protección, cuando el titular de aquellos se encuentra imposibilitado de solicitar su salvaguarda.

Las normas citadas regulan la legitimidad por activa, figura procesal que se refiere a la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”[4]. En materia de tutela, la Corte ha precisado que “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”[5]. En la mayoría de los casos, el afectado acudirá de forma directa ante los jueces para promover la acción de tutela. Lo anterior, en razón de que los principios de la dignidad humana y la autonomía de la voluntad otorgan a la persona el derecho a decidir si inicia las acciones idóneas para proteger sus derechos fundamentales, sin que un tercero pueda entrometerse en ello[6].

Sin embargo, existen tres hipótesis adicionales en las cuales se cumple la legitimidad en la causa por activa en la acción tutela. Estas situaciones tienen en común que una persona distinta al titular del derecho vulnerado promueve la demanda constitucional, como son: (i) el representante legal de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (ii) el agente oficioso del afectado; y (iii) el apoderado judicial del mismo, quien debe ser abogado titulado con poder o mandato expreso[7].

Habida cuenta de las circunstancias del caso sometido a revisión, la Sala solo se pronunciará respecto de la interposición de acción de tutela a través del representante legal de los menores.

Los padres pueden promover la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados de sus hijos no emancipados, debido a que ostentan la representación judicial y extra-judicial de los descendientes mediante la patria potestad. “Los derechos que comprende la patria potestad, se reducen a: (...) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos

generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades obligaciones”[8].

El representante legal del menor en la acción de tutela tiene el deber de observar ciertos requisitos de procedibilidad, entre ellos, la legitimidad por activa. Esta figura procesal entiende que alguien posee interés en un asunto cuando solicita el amparo a sus derechos afectados o amenazados o a las garantías de otra persona que representa.

3.4. El derecho fundamental a la salud en sujetos de especial protección constitucional y su nexo e importancia con los principios de integralidad y de continuidad. Reiteración de Jurisprudencia

Esta Corporación ha reconocido que el derecho a la salud es de raigambre fundamental. Además, ha resaltado que en ciertas hipótesis tal garantía adquiere mayor importancia y preponderancia, de modo que tiene una protección reforzada. Ello, sucede en el caso de los niños y de las personas de la tercera edad. Las distintas Salas de Revisión han subrayado que el vínculo del derecho a la salud con los principios de integralidad y continuidad obliga a que las entidades del sistema de seguridad social suministren el tratamiento que requiere un paciente para atender la enfermedad que padece de forma completa e ininterrumpida.

La dignidad humana es el fundamento ético jurídico de los derechos fundamentales, pues actúa como principio-fuente que justifica la configuración de normas creadoras de derechos además de deberes[10]. De ahí, que la Corte ha subrayado que la dignidad humana es el sustento que comparte todo derecho fundamental y el que concede esa calidad[11].

En el caso del derecho fundamental a la salud, desde un comienzo la Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que el ámbito de protección no puede estar limitado por el Plan Obligatorio de Salud. Bien puede existir un servicio de salud que no esté incluido en dicho Plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida, la dignidad de la persona o su integridad personal[12]. No debe olvidarse que el derecho a la

salud ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”[13] Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que “responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales[14]. El núcleo esencial del derecho a la salud obliga a resguardar la existencia física del ser humano, y se extiende a los ámbitos psíquicos y afectivos de la persona[15].

La Corte señaló en la Sentencia T-859 de 2003 que “el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”. Además resaltó “que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibile”[16].

La conceptualización de la fundamentalidad del derecho a la salud también hace parte del consenso de los instrumentos internacionales, los cuales consideran esta garantía como elemento esencial e inherente de la persona. Estas normas forman parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido[17], entre las que se encuentran:

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que afirma en su párrafo 1º que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Por su parte, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen: “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena

efectividad de este derecho”.

En la Observación No. 14, proferido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano autorizado para interpretar el pacto citado, se estableció que “[l]a 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” (subrayado fuera de texto).

Hoy por hoy, la discusión conceptual -con repercusiones en la procedencia de la acción de tutela- sobre el carácter fundamental del derecho a la salud está superada, en la medida en que el legislador, recogiendo la abundante jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en torno a ello, ha expedido la ley estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud, recientemente revisada por este Tribunal.

Es preciso recordar que el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional tiene una protección reforzada, debido a que desarrolla el derecho a la igualdad, mandato que impone mayores obligaciones a las autoridades y a los particulares de atender las enfermedades que éstos padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los menores y las personas de la tercera edad.

La norma superior señala algunos sujetos que merecen la especial protección del Estado, como sucede, con los niños (art. 44), las madres cabeza de familia (art. 43), los adultos mayores (art. 46) y los disminuidos físicos, sensoriales además de psíquicos (Art. 47). La Sala resalta que esta clasificación no es un impedimento para que en desarrollo de los mandatos superiores se adopten medidas de protección en favor de otros grupos poblacionales o individuos que así lo requieren[18]. Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado[19], la Sala subraya que la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, debido al principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados.

En atención a los supuestos de hecho de los expedientes analizados, la Corte realizará

algunas precisiones jurisprudenciales sobre la atención en salud de los niños y personas de la tercera edad.

3.5. Atención en salud de los niños y niñas

El Estado tiene la obligación de garantizar el disfrute del más alto nivel posible de salud y de atención de servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud de los niños. Este mandato se desprende del artículo 44 de la Constitución y de las normas de derecho internacional, por ejemplo, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño[20]; el artículo 4º Declaración de los Derechos del Niño[21], numerales a) además de d); el numeral 2º del artículo 12[22] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fijó algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños. Las citadas normas internacionales atribuyen el deber Estatal de suministrar de forma integral el tratamiento para las enfermedades que padecen los menores.

En la Sentencia SU-819 de 1999, la Corte advirtió la prevalencia de los derechos de los niños de la siguiente forma:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”.

Bajo esa perspectiva, la jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, “el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor”[23], lo cual se traduce en la ejecución prevalente e inmediata de las medidas necesarias para garantizar sus derechos.

Las salas de revisión han precisado que la prevalencia de los derechos de los niños obliga a que[24]: i) la atención a los menores de edad sea prestada de forma inmediata; ii) el

servicio o insumo sea suministrado sin demora cuando se ha emitido la autorización respectiva; iii) los medicamentos al igual que tratamientos sean de calidad; y iv) la actualización de la valoración médica se presente de forma repetida de acuerdo a las condiciones de salud del paciente[25].

3.6. Principio de integralidad en el derecho a la salud.

El principio de integralidad en salud juega un papel importante en la salvaguarda de los derechos fundamentales, el cual se concreta en la medida en que el paciente reciba los servicios médicos que requiere para atender su enfermedad, de manera oportuna, eficiente y de alta calidad. Además, comprende la garantía de las facetas del derecho a la salud que ocurre en la posible afección que puede padecer una persona.

El numeral 3 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece que: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. De igual forma, el literal c) del artículo 156 del mencionado estatuto prescribe que “[t]odos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud”. Las normas citadas prevén que el goce efectivo del derecho a la salud requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[26]

La Corte Constitucional ha considerado que el principio de integralidad en la salud tiene dos dimensiones: de un lado, la integralidad tiene nexos conceptuales con la salud a partir de las distintas facetas de satisfacción de ese derecho, dimensiones que recorren el posible trasegar de la salud en la vida humana. Así se incluyen prestaciones en la fase: i) preventiva, la cual evita la producción de la enfermedad interviniendo las causas de ella; ii) curativa que se concreta en suministrar las atenciones necesarias para que el paciente logre la cura de la patología que padece; y iii) mitigadora que se dirige a paliar las dolencias

físicas o psicológicas que ocurren por los efectos negativos de la enfermedad[27]. Lo anterior resalta que el derecho a la salud además de auxilios fisiológicos, incluye la garantía del bienestar de ámbitos sociales, emocionales y psicológicos.

El principio de integralidad implica que el derecho a la salud se protege cuando se suministran todas las prestaciones requeridas para que una persona se recupere de la patología que sufre[28]. De esta manera, esta Corporación ha expuesto que la integralidad hace referencia al “cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionada a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”. [29]

Cabe resaltar que el derecho fundamental a la salud incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS) y el acceso oportuno[30], eficiente[31] además de calidad[32] de aquél. Al respecto, este tribunal ha señalado que “La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”[33]

El principio de integralidad obliga a que las entidades del sistema de salud presten a los pacientes toda la atención necesaria, sin que haya que acudir con tal objeto, al ejercicio de acciones legales de manera reiterada y prolongada en el tiempo. En Sentencia T-289 de 2013, esta Corte determinó que el juez de tutela estaba obligado a “ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio,

obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología"[34].

Entre los criterios que la Corte ha indicado para que un funcionario jurisdiccional deba ordenar un amparo integral, se encuentran: a) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico; b) el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o c) cualquier otro criterio razonable[35], parámetros entre los que debe considerarse la calidad de sujeto de especial protección del paciente[36]. La delimitación del juez en la atención en salud que dispone un tratamiento integral a partir de los criterios descritos, no se identifica con la generalidad de una orden futura que se haya dado a una entidad promotora del servicio de salud.

En suma, el principio de integralidad protege las facetas del derecho a la salud y la necesidad de que el paciente reciba todas las atenciones que requiere. El juez constitucional en algunos casos puede ordenar un amparo integral para el paciente que se encuentra afectado en su salud, según algunos criterios específicos que eliminan el carácter general y futuro de esas disposiciones.

3.7. Ausencia de capacidad económica dentro del Sistema General de Salud. Reiteración de Jurisprudencia

La exigencia de la incapacidad económica a los pacientes que pretenden acceder a prestaciones e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud desarrolla el principio de solidaridad, en la medida que establece unas obligaciones a los pacientes con el fin de que estos obtengan un beneficio[37]. Tal redistribución tiene vínculo con el derecho a la igualdad, porque reorganiza las cargas de los individuos en la sociedad.

En cumplimiento de la dimensión del deber de la solidaridad, el Estado reguló el Plan Obligatorio de Salud en la Resolución 5521 de 2013 con el fin de atender las patologías más comunes que sufren los colombianos. Para ello, fijó una serie de insumos y servicios a los que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social.

En los eventos en que un paciente requiere un auxilio o servicio médico excluido del POS su

familia tiene la obligación de sufragar el costo de este, puesto que el desembolso de dinero es una carga soportable[38] derivada del principio de solidaridad. De ahí que “eximir a una persona con capacidad de pago del deber de pagar los costos razonables del servicio, implica desconocer el principio de solidaridad dado que los recursos escasos del Fosyga terminan asignándose a quien tiene condiciones económicas suficientes en lugar de beneficiar a quienes son pobres o carecen de capacidad económica para asumir el costo de cierto servicio médico”[39].

Esta exigencia resulta desproporcionada cuando el usuario o sus allegados carecen de los recursos para acceder a las prestaciones, escenario que implica la vulneración de los derechos del paciente y de la justicia material[40]. En esa hipótesis para evitar la afectación de los principios constitucionales, el Estado debe asumir el costo del insumo o servicio. Lo anterior en razón de que “el derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales”[41].

En la situación descrita, el juez de tutela ordenará el servicio excluido del POS y evaluará la capacidad económica para materializar el derecho a la igualdad, al redistribuir las cargas en la sociedad que se derivan del principio de solidaridad. Regla que se deriva del mandato de proporcionalidad.

Desde la Sentencia T-683 de 2003[42], la Corte precisó y fijó las reglas probatorias para demostrar la ausencia de recursos económicos con el fin de sufragar un procedimiento excluido del POS y el juez ordene el mismo. Estas son:

(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus

poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad; (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”.

Por último, en la Sentencia T-499 de 2007[43], la Corte indicó que el juez de tutela debe aplicar el principio pro-persona en los “casos límite”. En tales asuntos, aunque existe alguna capacidad económica, no es claro si ella es suficiente para cubrir el costo del examen que requiere el paciente para no poner en riesgo su derecho a la salud. La regla implica que el funcionario jurisdiccional adopte la decisión que garantice los derechos fundamentales de los actores, fallo que en salud se materializa en ordenar los servicios hospitalarios y médicos que se requieren.

3.8 Justiciabilidad del derecho a la salud.

La justiciabilidad de los derechos hace referencia a los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que una determinada garantía sea protegida por el juez de tutela. Dicha dimensión se diferencia de la fundamentalidad del derecho, tal como arriba se explicó.

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que “la acción de tutela es prima facie procedente para (i) salvaguardar todas las facetas negativas del derecho; (ii) garantizar aquellas facetas positivas que no suponen altas erogaciones; (iii) asegurar las dimensiones que han sido objeto de concreción normativa, bien sea por vía jurisprudencial, legal o reglamentaria; (iv) verificar si obligaciones de desarrollo progresivo son judicialmente exigibles, a partir de los mandatos de progresividad y -muy especialmente- en eventos en que se constate un retroceso injustificado en el nivel de eficacia de un derecho, o cuando la violación surja del desconocimiento del principio de igualdad y la prohibición de

discriminación; y (v) analizar si, como juez de tutela, puede contribuir a la creación de garantías, cuando la regulación general es en principio adecuada, pero deja por fuera sujetos vulnerables, personas en condición de debilidad manifiesta, o facetas imprescindibles para la satisfacción de la dignidad humana”[44].

La justiciabilidad del derecho a la salud surge cuando se verifica alguno de los siguientes puntos: “(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.”[45]

En la primera hipótesis esta Corporación ha precisado que procede el amparo al derecho a la salud para ordenar servicios incluidos en el plan obligatorio de salud, cuando[46]: i) éstos pertenecen al POS; ii) fue ordenado por el médico tratante; y iii) la entidad prestadora del servicio de salud negó la atención referida.

En la segunda situación, la Corte ha advertido que la acción de tutela procede para proteger el derecho a la salud y ordenar los servicios excluidos del POS, siempre que[47]: i) éste sea necesario para mantener el máximo nivel de salud posible; (ii) exista el concepto, la recomendación, o la prescripción médica, suscrita por el profesional de la salud tratante; (iii) no se encuentre un sustituto de igual efectividad en los planes básicos de salud, aspecto que deberá ser demostrado por la entidad accionada; iv) el paciente o su grupo familiar carezca de la capacidad económica necesaria para asumir el costo del insumo.

Al verificar la observancia de las reglas descritas las salas de revisión han ordenado varios suministros médicos, por ejemplo: ii) silla de ruedas[48]; iii) insumos que sirven para atender la inmovilidad de un paciente[49]; ii) pañales desechables para asegurar su dignidad humana[50]; y ii) paliativos para quienes padecen enfermedades ruinosas o a aquellas patologías que no tienen cura[51].

De acuerdo a las circunstancias descritas en el expediente objeto de revisión, la Sala

procederá a precisar las reglas sobre la capacidad económica.

La exigencia de la incapacidad económica a los pacientes que pretenden acceder a prestaciones e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud desarrolla el principio de solidaridad, en la medida que establece unas obligaciones a los pacientes con el fin de que éstos obtengan un beneficio[52]. Tal redistribución tiene vínculo con el derecho a la igualdad, porque reorganiza las cargas de los individuos en la sociedad.

En cumplimiento de la dimensión del deber de la solidaridad, el Estado reguló el Plan Obligatorio de Salud en la Resolución 5521 de 2013 con el fin de atender las patologías más comunes que sufren los colombianos. Para ello, fijó una serie de insumos y servicios a los que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social.

En los eventos en que un paciente requiere un auxilio médico excluido del POS su familia tiene la obligación de sufragar el costo de éste, puesto que el desembolso de dinero es una carga soportable[53] derivada del principio de solidaridad. De ahí que “eximir a una persona con capacidad de pago del deber de pagar los costos razonables del servicio, implica desconocer el principio de solidaridad dado que los recursos escasos del Fosyga terminan asignándose a quien tiene condiciones económicas suficientes en lugar de beneficiar a quienes son pobres o carecen de capacidad económica para asumir el costo de cierto servicio médico”[54].

Esta exigencia resulta desproporcionada cuando el usuario o sus allegados carecen de los recursos para acceder a las prestaciones, escenario que implica la vulneración de los derechos del paciente y de la justicia material[55]. En esa hipótesis para evitar la afectación de los principios constitucionales, el Estado debe asumir el costo del insumo o servicio. Lo anterior en razón de que “el derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales”[56].

En la situación descrita, el juez de tutela ordenará el servicio excluido del POS y evaluará la capacidad económica para materializar el derecho a la igualdad, al redistribuir las cargas en la sociedad que se derivan del principio de solidaridad. Regla que se deriva del mandato de proporcionalidad.

Desde la Sentencia T-683 de 2003[57], la Corte precisó y fijó las reglas probatorias para

demostrar la ausencia de recursos económicos con el fin de sufragar un procedimiento excluido del POS y el juez ordene el mismo. Estas son:

(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad; (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”.

Por último, en la Sentencia T-499 de 2007[58], la Corte indicó que el juez de tutela debe aplicar el principio pro-persona en los “casos límite”. En tales asuntos existe alguna capacidad económica, pero no es claro si ella es suficiente para cubrir el costo del examen que requiere el paciente para no poner en riesgo su derecho a la salud. La regla implica que el funcionario jurisdiccional adopte la decisión que garantice los derechos fundamentales de los actores, fallo que en salud se materializa en ordenar los servicios hospitalarios y médicos que se requieren.

3.9. Análisis del caso concreto

3.9.1 La Sala evidencia que Juan David Agudelo Cartagena de 8 años de edad se encuentra afiliado a NUEVA EPS y padece de “retraso mental leve [con] deterioro del comportamiento nulo o mínimo” con diagnóstico de discapacidad cognitiva con un CI bajo de 72, trastorno de ansiedad escolar, trastorno de la producción del lenguaje y dislalias. El médico neuropsicólogo tratante del menor indicó que debía ingresar a un programa de rehabilitación neuropsicológica integral con el objetivo de mejorar sus condiciones de vida[59]. La madre del menor solicita que se ordene a la NUEVA EPS la autorización del tratamiento así como los demás insumos y servicios de salud que requiera para lograr una vida digna.

La entidad accionada señaló que ha autorizado todos los servicios que ha requerido el niño. Así mismo, sostuvo que el tratamiento ordenado contiene componentes educativos excluidos del POS, razón por la cual no es posible acceder a la pretensión solicitada.

Mediante fallo de primera instancia se negó el amparo de los derechos alegados por considerar que el trámite tutelar, en general, no es sustitutivo ni eliminatorio de los procesos ordinarios, especiales o trámites administrativo, establecidos por el legislador, para dirimir las diferentes controversias que se presenten. Por lo anterior, el juez constitucional concluyó que no puede invadir la órbita de competencia de otras autoridades, entidades, etc., como en el caso concreto, donde las atribuciones y/o funciones, son asumidas por el Comité Técnico Científico de la NUEVA EPS, como entidad prestadora de salud, para autorizar la realización de procedimientos que no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud – POS. La anterior decisión no fue impugnada.

Conforme con lo anterior, la Sala considera vulnerados los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la prevalencia de los derechos de los niños y niñas de Juan David Agudelo Cartagena de acuerdo a la actividad desplegada por la EPS accionada y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional por parte del juez de instancia, encaminada a inaplicar el POS cuando sea necesario para garantizar los derechos fundamentales de una persona que requiera con necesidad un servicio de salud no contemplado en el POS[60]. Esta conclusión se funda en los siguientes argumentos:

i) La práctica de las terapias de rehabilitación neuropsicológica al menor de edad Juan David contribuirían con su rehabilitación intelectual, tratamiento adecuado para su trastorno de

lenguaje, manejo de ansiedad escolar, proporcionándole una mejor relación con su familia y la sociedad de acuerdo a lo que ha venido considerando esta Corporación frente a las terapias alternativas.

La anterior conclusión encuentra sustento en lo manifestado por la PhD neuropsicóloga Patricia Montañez profesora asociada a la facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia, en relación con que la rehabilitación neuropsicológica podría ayudar a la conservación de las habilidades que tenga presentes el niño Juan David, a estimular su trabajo académico con un plan de intervención específico a partir de una adecuada evaluación al formar parte de una rehabilitación y cuidado integral que debe involucrar a sus médicos tratantes, a su familia y a su entorno educativo.

Sobre el particular se reitera que la neuropsicóloga asociada a la Universidad Nacional indicó que las terapias de rehabilitación neuropsicológica no solo tienen tener carácter educativo, instructivo o de capacitación. Por el contrario, sostuvo que la referida rehabilitación tiene como objetivo principal el diseño de implementación de estrategias de intervención que permitan al paciente y a su familia manejar y reducir las consecuencias de las alteraciones cerebrales, por lo cual se circunscribe principalmente en un ámbito clínico, que parte de una evaluación neuropsicológica completa e integral, de la cual se plantean objetivos específicos para cada paciente en particular.

iii) La señora Yolanda Agudelo Cartagena sostuvo que desde el mes de junio de 2014 ha solicitado, en varias ocasiones, el cumplimiento de la orden proferida por el neuropsicólogo tratante, que envió copia de la solicitud a la Superintendencia de Salud y a la NUEVA EPS, sin embargo, la entidad accionada se niega a autorizar las terapias requeridas. Razón por la cual, considera que el actuar de la NUEVA EPS ha sido negligente en su cometido institucional, máxime, si se tiene en cuenta que se trata de un menor de edad que merece un trato especial por parte del Estado y de las Instituciones que prestan un servicio público.

iv) La madre del menor sostiene que, ni ella ni su familia, cuentan con los recursos económicos para sufragar los gastos que genera el tratamiento que su menor hijo requiere, afirmación que no fue objeto de controversia por parte de NUEVA EPS.

v) Obra en el expediente formato de solicitud y justificación para servicios médicos o

prestación NO POS del médico tratante que prescribe el tratamiento de terapia integral de rehabilitación neuropsicológica.

Por lo tanto, y a pesar de que el tratamiento de salud requerido en la acción de tutela no se encuentra contemplado en el POS, según la EPS accionada por contener componentes educativos, la Sala determina que concurren los requisitos jurisprudenciales para inaplicarlo. Máxime, si se tiene en cuenta que según el concepto enviado por la Universidad Nacional de Colombia a esta Sala de Revisión, aunque la rehabilitación neuropsicológica puede tener un papel importante en el ámbito educativo, así como, en el desarrollo de políticas y prácticas educativas, preventivas y de atención temprana en la infancia y la adolescencia, ésta tiene su principal campo de acción en el ámbito de la salud, la cual se enfoca en pacientes que presentan una alteración celebrar congénita o adquirida.

3.9.2 Encuentra la Sala Octava de Revisión que de los hechos narrados por la accionante, así como de los medios probatorios aportados al expediente, se evidencia que la actora no cuenta con los recursos necesarios para sufragar los gastos que le genera el desplazamiento y estadía del niño y su acompañante a la ciudad de Medellín, situación que podría impedir que su hijo reciba el servicio médico, máxime si se tiene en cuenta que su precaria situación económica no fue controvertida por la entidad demandada.

Y al tratarse de un sujeto de protección especial constitucional y por hallarse en situación de debilidad manifiesta por la grave enfermedad que padece, resulta impostergable la intervención del juez constitucional en este asunto, porque de lo contrario se correría el riesgo de presenciar un desenlace fatal con efectos antijurídicos, imposible de ser restituido integralmente.

De tal forma, ante un perjuicio inminente, urgente y grave, por cuanto no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad sino del menoscabo del derecho más elemental -la vida- la Corte ordenará que la NUEVA EPS garantice el acceso a los servicios de salud requeridos para atender las patología del menor y de manera preventiva, suministre los costos de transporte y hospedaje para el niño Juan David Agudelo Cartagena y un acompañante.

En consecuencia, esta Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia el 6 de febrero de 2015, que negó la acción de tutela de la referencia. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la integridad

personal, a la dignidad humana y a la prevalencia de los derechos de los niños y niñas de Juan David Agudelo Cartagena. En efecto, ordenará a NUEVA EPS que, a través de su representante legal, o quien haga sus veces, autorice las terapias de rehabilitación neuropsicológica ordenadas por el neuropsicólogo tratante, en las instituciones que se encuentren dentro de su red de prestadores de servicios. En caso de no poder garantizar el tratamiento mediante su propia red de prestadores de servicios deberá contratar con una IPS que lo suministre a fin de proteger los derechos fundamentales vulnerados.

Así mismo, pero de manera preventiva, se ordenará a NUEVA EPS que en adelante sufrague los costos de transporte y hospedaje del menor de edad y su acompañante, con el fin de garantizarle su acceso al servicio de salud en condiciones dignas. NUEVA EPS podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, si hubiere lugar, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos a Juan David Agudelo Cartagena excluidos del POS.

IV. 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 el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia el 6 de febrero de 2015, dentro de la acción de tutela promovida por Yolanda Agudelo Cartagena, representante legal de su hijo Juan David Agudelo Cartagena, contra NUEVA EPS, y en su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la prevalencia de los derechos de los niños y niñas.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a NUEVA EPS, a través de su representante legal, o quien haga sus veces que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice a Juan David Agudelo Cartagena las 10 sesiones de rehabilitación neuropsicológica, ordenadas por el neuropsicólogo, en las instituciones que se encuentren dentro de su red de prestadores de servicios. En caso de no poder garantizar el tratamiento mediante su propia red de prestadores de servicios deberá contratar con una

IPS que lo suministre.

Tercero.- ORDENAR a NUEVA E.P.S que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, de manera preventiva, adelante las acciones tendientes a garantizar el pago y asuma el transporte del menor Juan David Agudelo Cartagena y su acompañante hasta la ciudad donde sea remitido por su médico tratante, así como su alojamiento durante el tiempo que requiera la atención médica fuera de su lugar de residencia.

Cuarto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ver Sentencias T-724 de 2004 y T-623 de 2005.

[2] “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” (Resaltado fuera del texto original)”.

[3] “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.” (Resaltado fuera del texto original).

[4] Sentencia C-965 de 2003 M.P.

[5] Sentencia T-531 de 2002 y T-711 de 2003.

[6] Sentencias T-899 de 2001 y T-1012 de 2001. Entiende entonces la Sala, que si la persona puede por sí misma, iniciar la acción de tutela debe hacerlo sin esperar que un tercero lo haga, pues esto refleja la autonomía de su voluntad y el interés que tiene de hacer valer sus propios derechos.

[7] Sentencias T-531 de 2002, T-947 de 2006, T-798 de 2006, T-552 de 2006, T-492 de 2006, y T-878 de 2010

[8] Sentencia C-145 de 2010.

[9] Esta posición fue reiterada en la sentencia T-235 de 2011.

[10] Carvajal Sánchez Bernardo, El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa, Bogotá Universidad Externado p. 27

[11] En la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional resaltó dicho nexo “(...) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos

(entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias. En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.

[12] Sentencia T-760 de 2008.

[13] Sentencias T-597 de 1993; T-454 de 2008; T-566 de 2010.

[14] Sentencias T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-481 de 2011, y T-842 de 2011.

[15] Ibídem.

[16] Sentencia T-760 de 2008.

[17] Sentencia T-685 de 2010.

[18] Sentencia T-986 de 2012.

[19] Sentencia T 018 de 2008

[20] “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) (b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud (...).”

[21] ‘[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados’

[22]: ‘a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para ‘la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños’;

mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para 'la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad'

[23] Sentencia T-907 de 2004.

[24] Respecto del derecho a la salud de los menores pueden consultarse las Sentencias T-625 de 2009, y T-170 de 2010, T-705 de 2011 y T-623 de 2013 entre otras.

[25] Sentencia T-283 de 2013.

[26] Sentencia T-289 de 2013, en la cual se reitera lo expuesto en Sentencia T-760 de 2008.

[27] Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre otras.

[28] Sentencia. T 531 de 2009

[29] Sentencia T-760 de 2008.

[30] En la sentencia T-091 de 2011, la Sala Novena de Revisión advirtió que la prestación del servicio en salud debe ser oportuna cuando la persona la recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros

[31] En el fallo T-760 de 2008, la Corte precisó que el servicio en salud es eficiente cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir.

[32] En la providencia T-922 de 2009, el Tribunal Constitucional estimó que el servicio público de salud se reputa de calidad cuando los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del paciente.

[33] Sentencia T-1059 de 2006

[35] Sentencia T-398 de 2008.

[36] Sentencia T-091 de 2011.

[37] Sentencia T-594 de 2013.

[38] Sentencia T-760 de 2008.

[39] Ibídem.

[40] Sentencia T-398 de 2000 y T-867 de 2008.

[41] Sentencia C-529 de 2010.

[42] La sentencia citada estableció la síntesis de las reglas probatorias a partir de la línea expuesta por la Corte. El precedente reseñado fue reiterado en los siguientes fallos T-829 de 2004, T-306 de 2005, T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-924 de 2011, T-388 de 2012 y T-594 de 2013.

[43] En esa oportunidad, la Sala estudió la capacidad económica de la tutelante de ese entonces para acceder a un servicio de salud, quien devengaba un salario de \$1.369.333. La Corte amparó el derecho a la salud de la peticionaria y ordenó el procedimiento objeto de pretensión.

[44] Sentencia T-594 de 2013.

[45] Sentencias T-999 de 2008.; T-931 de 2010; T-022 de 2011 y T-091 de 2011.

[46] Sentencia T-594 de 2013.

[47] Sentencia T-760 de 2008, T-931 de 2010; T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-388 de 2012 y T-594 de 2013.

[48] Sentencia T-841 de 2012 y T-510 de 2013.

[49] Sentencias T-212 y T-233 de 2011, y T-111 de 2013.

[50] Sentencias T-110 de 2010, T-160 de 2010 y T-033 de 2013

[51] Sentencias T-993 de 2008, T-654 de 2010 y T-594 de 2013.

[52] Sentencia T-594 de 2013.

[53] Sentencia T-760 de 2008.

[54] Ibídem.

[55] Sentencia T-398 de 2000 y T-867 de 2008.

[56] Sentencia C-529 de 2010.

[57] La sentencia citada estableció la síntesis de las reglas probatorias a partir de la línea expuesta por la Corte. El precedente reseñado fue reiterado en los siguientes fallos T-829 de 2004, T-306 de 2005, T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-924 de 2011, T-388 de 2012 y T-594 de 2013.

[58] En esa oportunidad, la Sala estudió la capacidad económica de la tutelante de ese entonces para acceder a un servicio de salud, quien devengaba un salario de \$1.369.333. La Corte amparó el derecho a la salud de la peticionaria y ordenó el procedimiento objeto de pretensión.

[59] A folio 5 del cuaderno principal se encuentra la orden médica del especialista en neuropsicología del 9 de junio de 2014.

[60] De acuerdo al numeral 17 del artículo 130 de la Resolución 5521 de 2013, se encuentran excluidas del POS las “[t]ecnologías de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación social o laboral y no corresponden al ámbito de la salud aunque sean realizadas por personal del área de la salud”.