

T-536-14

Sentencia T-536/14

(Bogotá, D.C., Julio 18)

LEGITIMACION POR ACTIVA Y LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Requisitos generales de procedencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Instrumentos internacionales de protección

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha insistido en que el derecho fundamental de los niños y las niñas debe ser garantizado de inmediato por parte del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de salud, en razón al carácter prevalente que le fue reconocido por la misma Carta Política, y, por los instrumentos de derecho internacional ratificados por este país. Específicamente, reitera que el derecho a la salud en tratándose de menores que padecen deficiencias auditivas, se traduce en la garantía de recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, sin que haya lugar a omitir o negar la prestación del servicio de salud, con base en el agotamiento previo de trámites administrativos ante la EPS, ni bajo el argumento que los servicios requeridos se encuentren por fuera del plan de beneficios del sistema de salud.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Vulneración por EPS al imponer trámites administrativos como condición previa para autorizar la práctica de los procedimientos que fueron ordenados por el médico tratante

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE NIÑOS Y NIÑAS-Orden a EPS-S realizar procedimientos y tratamientos que requiera la menor para el manejo de su enfermedad y, que hayan sido ordenados por su médico tratante

Referencia: Expediente T-4.288.254

Fallos de tutela objeto revisión: sentencia del Tribunal Superior de Quibdo -Sala Única-, del 4 de diciembre de 2014, que confirmó la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdo, del 12 de noviembre de 2013.

Accionante: Isabel Mena Chaverra, en representación de su menor hija Karen Rosiris Salinas Mena.

Accionado: Caprecom EPS-S.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Demanda de tutela.

#### 1.1. Elementos de la demanda.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. Vida y salud.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. La omisión de Caprecom EPS-S de autorizar los servicios y procedimientos ordenados por los médicos tratantes a la menor Karen Rosiris Salinas Mena, consistentes en implante coclear de oído, audífono de ultra generación oído izquierdo, implante coclear digital multifuncional de ultra generación oído derecho, vacunación neumococo y valoración por anestesiología.

1.1.3. Pretensión. Ordenar a Caprecom EPS-S la prestación de los servicios médicos requeridos -implante coclear de oído, audífono de ultra generación oído izquierdo, implante

coclear digital multifuncional de ultra generación oído derecho, vacunación neumococo y valoración anestesiología- a la menor Karen Rosiris Salinas Mena.

## 1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. La señora Isabel Mena Chaverra es madre de la menor Karen Rosiris Salinas Mena, quien se encuentra afiliada en salud a la EPS Caprecom, en el régimen subsidiado[1].

1.2.2. Erika, de 5 años de edad[2], padece “hipoacusia bilateral profunda congénita por lo cual no desarrolla lenguaje”[3]. En razón a esta patología, el médico tratante de la EPS accionada remitió a la menor para la valoración de los especialistas en otorrinolaringología, quienes prescribieron los siguientes exámenes y procedimientos: “implante coclear digital multiconal de ultra frecuencia[4]; implante coclear oído derecho[5]; vacuna neumococo[6]; valoración anestesiología[7] y audífono digital de ultra frecuencia izquierdo[8]”.

1.2.3. Adujo la accionante que algunos de los anteriores procedimientos se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual, les fue anexada las respectivas “solicitudes de justificación de procedimientos, tratamientos e insumos no POS”, suscritas por los respectivos otorrinolaringólogos[9].

1.2.4. La señora Isabel Mena Chaverra, en representación de su menor hija, interpuso acción de tutela, alegando que Caprecom EPS-S vulneró los derechos fundamentales de la niña, por desconocer la justificación de los procedimientos NO POS suscritos por los especialistas, en las que se ordenaron los servicios antes mencionados. Por último, agregó que como “madre carece de cualquier otro medio de defensa para los fines de exclusión de la acción de tutela”.

## 2. Respuesta de la accionada.

### 2.1. Caprecom EPS-S, Regional Chocó.

El Director Territorial (E) de la Regional Chocó, solicitó declarar: (i) que la entidad no ha negado derecho a la salud, por tanto, hay inexistencia de violación al derecho fundamental; (ii) que, en consecuencia, la entidad no ha violado los derechos fundamentales de la menor; y (iii) que la demandante debe allegar solicitud con sus respectivos anexos para ser

sometida a la aprobación del Comité Técnico Científico de la entidad, que es el procedimiento legal para ordenar los implantes solicitados.

Como fundamento de lo anterior, adujo que la accionante interpuso el amparo constitucional sin haber presentado los documentos a la EPS accionada, para que le autorizaran los procedimientos ordenados por el médico tratante. Afirmó que debido a que hasta ahora conoció del caso de la menor, “ya inició los trámites administrativos pertinentes para el transplante y las vacunas autorizadas, no obstante es indispensable que se acerque a CAPRECOM radique los documentos como la historia clínica entre otros, pues por tratarse de un servicio no pos, requiere de la formalidad, para que sea autorizado por el comité técnico científico en su función legal, le corresponde decidir la pertinencia de conformidad con el caso concreto de la menor la viabilidad de los implantes, en su número y calidad, y en donde se le practicará la cirugía una vez sea aprobada”[10].

Sostuvo que la EPS no ha gestado conducta alguna que viole las garantías de la accionante, no hay evidencia de violación a derecho fundamental alguno, por inexistencia de pruebas y porque de los hechos no se desprende la negación del servicio de salud.

### 3. Decisión de tutela objeto de revisión:

3.1. Sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdo, del 12 de noviembre de 2013.

Negó el amparo deprecado por la accionante, consideró que no hubo negligencia por parte de la accionada, si se tiene en cuenta que no reposa en el expediente constancia que pruebe que la accionante solicitó la prestación de los servicios ordenados, lo que significa que no ha adelantado el procedimiento establecido por la ley para este tipo de solicitudes.

Precisó que entiende el grado de protección reforzada que posee la niña en razón a su edad, sin embargo, tal condición no significa per se una protección automática, sino que, permite una valoración flexible de los requisitos de procedencia y los elementos probatorios, en favor del accionante. No obstante, en este caso, consideró que tal flexibilidad no puede proteger un derecho que no ha sido reclamado, bajo supuestos de posible negación del derecho, puesto que, la amenaza del mismo debe obedecer a causas

objetivas y no subjetivas.

### 3.2. Impugnación.

Manifestó que no comprende por qué la entidad accionada afirmó que “No obstante esta entidad debido a que hasta ahora viene a conocer del caso de la menor, ya inició los trámites administrativos pertinentes para el transplante y las vacunas autorizadas”, ya que, sí no conocía de los documentos, ¿Cómo puede decir que ha iniciado los trámites administrativos?

Finalmente, alegó que el juez debe dar aplicación al principio de buena fe, siempre en procura del menos favorecido, para concluir que una vez el médico tratante expide una remisión, el paciente acude primero a su EPS para solicitar su autorización y, no de forma directa ante el juez de tutela.

### 3.3. Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Quibdo -Sala Única-, del 4 de diciembre de 2014.

Confirmó la sentencia de primera instancia. Señaló que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario al que se recurre ante la inexistencia de medios de defensa expeditos, presupuesto que no se cumple en el presente caso, si se tiene en cuenta que la Ley 1438 de 2011 contempla un mecanismo eficaz e idóneo para la protección del derecho a la salud, cuya competencia fue atribuida a la Superintendencia Nacional de Salud[11].

## II. FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[12].

### 2. Procedencia de la demanda de tutela[13].

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales que considera la accionante fueron transgredidos con la actuación de la accionada son la vida y

la salud.

2.2. Legitimación activa. La señora Isabel Mena Chaverra actúa en representación de su menor hija Karen Rosiris Salinas Mena, para solicitar el amparo de los derechos que fueron presuntamente vulnerados con la actuación de la entidad demandada (C.P. art. 86, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º).

2.3. Legitimación pasiva. Respecto a Caprecom EPS-S, procede la acción de tutela debido a que se ocupa de prestar el servicio público de salud y, además, quien invocó la protección de los derechos fundamentales, fue un usuario afiliado a dicha entidad. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

2.4. Inmediatez. La Sala considera que la tutela cumple con el requisito de la inmediatez, puesto que, entre la conducta que causó la vulneración[14] y la interposición de tutela[15], transcurrió un término de 16 días; plazo que a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación se considera razonable y prudente para presentar la solicitud de amparo, más si se trata de un menor de edad, que por disposición de la Carta Política goza de especial protección constitucional.

2.5. Subsidiariedad. Aunque esta Sala en ocasiones anteriores y ante casos semejantes ha analizado el requisito de subsidiariedad a la luz del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, que a través de la Ley 1438 de 2011 agilizó el procedimiento y amplió las competencias jurisdiccionales de esta entidad; en el caso concreto, se concluye que no existe otro mecanismo judicial eficaz e idóneo para la protección de los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de la menor Karen Rosiris Salinas Mena, razón por la cual procede la acción de tutela.

Lo anterior, porque los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son de una menor de edad, sumado a que no se ha podido verificar con plena claridad, la idoneidad del mecanismo jurisdiccional, toda vez no se ha reglamentado el procedimiento preferente y sumario que consagra esta última ley en su artículo 126.

Así las cosas, en desarrollo del artículo 2 de la Constitución Política, el Estado debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, por

lo cual, esta Sala opta por realizar el mandato de efectividad del derecho fundamental a la salud de una menor de edad que requiere de procedimientos y servicios médicos específicos para tratar la patología que padece.

### 3. Problema jurídico constitucional.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Corte debe determinar: ¿si la EPS-S Caprecom vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la niña Karen Rosiris Salinas Mena, por la omisión de practicar la cirugía de implante coclear y demás servicios ordenados por los médicos especialistas, para tratar la enfermedad que afecta el sistema auditivo de la menor?

### 4. Vulneración del derecho fundamental a la salud de los niños. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional han reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo y, tratándose de niños, el artículo 44 de la Carta establece que los derechos de los menores prevalecen sobre los demás, por lo cual es deber de la familia, la sociedad y el Estado asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el goce pleno de sus derechos.

4.2. Además, el artículo 47 dispone que aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta merecen una atención especializada, así, es responsabilidad del Estado adelantar políticas públicas tendientes a la “prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

4.3. El alcance del derecho a la salud de los niños ha sido interpretado por la Corte Constitucional a la luz de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, tales como el Protocolo Adicional de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de DESC, el Pacto Internacional de DESC[16], entre otros. Aquí, cabe desatacar la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra como obligación de los Estados parte el respeto a los derechos de los menores, sin distinción alguna de la raza, idioma, origen étnico o impedimentos físicos (artículo 2); impone en todas las instituciones públicas y privadas el deber garantizar el bienestar y los derechos de los niños (artículos 3 y 4); al

mismo tiempo que prescribe que la niñez tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículo 11).

4.4. Por otro lado, la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación” estableció en el artículo 18 como responsabilidad del Ministerio de Protección Social, de Educación y las entidades promotoras de salud -en lo concerniente con los tratamientos incluidos en el POS-, establecer mecanismos para que aquellos que tengan limitaciones físicas cuenten “con programas y servicios de rehabilitación integral, en términos de readaptación funcional, rehabilitación profesional y para que en general cuenten con los instrumentos que les permitan autorrelizarse, cambiar la calidad de sus vidas y a intervenir en su ambiente inmediato y en la sociedad”.

4.4.1. La Ley Estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, entiende por una persona en situación de discapacidad, “aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” (Subrayado fuera del original). De esta forma, establece obligaciones a cargo de la sociedad, la familia, las EPS y el Estado para la rehabilitación integral, inclusión social y medidas respecto al derecho a la salud.

4.4.2. En el artículo 7 numeral 4, imponen en cabeza del Gobierno Nacional y demás entidades la garantía del servicio de habilitación y rehabilitación integral[17] de los niños y niñas en situación de discapacidad, “de manera que en todo tiempo puedan gozar de sus derechos y estructurar y mantener mecanismos de orientación y apoyo a sus familias.”

4.4.3. El artículo 10 numeral 2 establece que las entidades prestadoras de servicios de salud deberán “eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad”.

4.5. Por su parte, en el Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 27 se estableció que

“todos los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”.

4.6. De esa forma, tanto la ley como la jurisprudencia constitucional[18] le han otorgado a los niños una protección especial en el ordenamiento jurídico, que impone a las diferentes esferas del Estado, incluida la familia, la sociedad y los particulares que prestan el servicio público de salud, el deber de garantizar el goce efectivo del mismo y el desarrollo integral, físico y moral de los menores, con más razón cuando estos tengan alguna condición de discapacidad sensitiva, como por ejemplo, la pérdida de la audición; condición que en el presente caso afecta el estado de salud de la niña Karen Rosiris Salinas Mena.

4.7. A la luz de los anteriores fundamentos jurídicos, la Corte ha señalado que se vulnera el derecho fundamental a la salud, cuando la entidad prestadora de este servicio, no autoriza los insumos, ni practica los procedimientos o cirugías, que hayan sido ordenados por los médicos tratantes, para atender la patología que perjudica el sentido de audición del niño, bajo razones administrativas o con base en el argumento de que tales servicios no se encuentran en la lista de tratamientos autorizados por el plan obligatorio de salud. Criterio que ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, al momento de revisar acciones de tutela que han sido interpuestas contra entidades prestadoras del servicio de salud, por omitir o negar la práctica de un implante coclear a un menor que ha perdido el sentido de la audición.

4.8. En la sentencia T-567 de 2002, la Sala Octava de Revisión, en un caso de supuestos fácticos similares al presente, hizo un recuento de las consideraciones más relevantes en cuanto al derecho a la salud de menores con problemas de audición, que solicitaron a través de la acción de tutela la autorización y práctica del implante coclear, a saber:

La sentencia T-236 de 1998 (...) “Es cierto que Alejandro Quintero Hoyos puede sobrevivir sin el implante coclear; pero cabe preguntarse, ¿en qué condiciones podría seguir viviendo? Luego, aquí es necesario resaltar que, como antes se dijo, el derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que

tiene la aptitud para escuchar y puede utilizar un lenguaje adecuado, si se le suministra un aparato que se lo permita, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide el goce de garantías con rango constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana.

La Sentencia T-153 de 2000 (...) “En el caso bajo estudio, la Corte encuentra injustificada la negativa a brindar el tratamiento que requiere el niño, pues están de por medio los enunciados derechos fundamentales de éste. Además, no se tuvo en cuenta que el menor tiene una disminución sensorial y que, por tanto, merece un trato especial, tendiente precisamente a su rehabilitación e integración. La omisión atacada, por el contrario, conduce al aislamiento y al abandono del niño”.

La Sentencia T- 475 de 2000, (...):“Omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana. Por lo anterior, se concederá la tutela ordenando al I.S.S. que si previa valoración médica de los especialistas de esa entidad o de los que ella disponga, se llegare a la conclusión de que es menester un implante coclear, se realice en el término de un mes, contado a partir de tal diagnóstico sin que pueda oponerse la exclusión de la operación del Plan Obligatorio de Salud.”

(...) [L]a sentencia T-753 de 2001 (...): “Por lo anterior esta Sala de Revisión no acepta los planteamientos del Juez a quo, para negar la tutela por no estar en peligro la vida del menor, debido a que no debe esperarse, a que la persona se encuentre en un grave estado de salud, para que la tutela proceda, puesto que también se pueden estar afectando otros derechos fundamentales. Es claro que el menor puede vivir sin el implante coclear, y que su vida por el hecho de no colocárselo no corre peligro. Pero ¿en qué condiciones viviría, si él era un niño normal que no necesitaba de signos para darse a entender?”

4.8.1. De la jurisprudencia constitucional citada se puede concluir que esta Corporación, en aplicación del artículo 44 Superior, ha reconocido y reiterado que los derechos de los menores de edad son prevalentes, al mismo tiempo que le ha recordado al Estado, en virtud del artículo 47 Superior, el deber que tiene de adelantar políticas de previsión,

rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes debe prestarse la atención especializada que requieran, entre los cuales se encuentra el sector de la población comprendido por los niños que padecen enfermedades generadoras de la pérdida o disminución del sentido de audición.

4.9. En un pronunciamiento más reciente, la Sala Séptima de Revisión, en sentencia T-344A/12, analizó un caso de una señora que solicitó al juez de tutela que amparara los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de su hijo de 5 años de edad, quien padecía de “Hipoacusia Neurosensorial”, por considerar que la EPS accionada los había vulnerado al no autorizar el procedimiento de Implante Coclear que él requería.

En ese caso, la Corte amparó los derechos del menor, considerando que a pesar de no reposar en el expediente prueba de la solicitud del procedimiento de Implante Coclear ante el CTC de la EPS, resultaba suficiente “la orden médica emitida por el médico tratante para que la EPS accionada esté obligada a ordenar el procedimiento, toda vez que por medio de ésta se entiende requerida. Además, por el riesgo en que se encuentra el sentido de la audición del niño, es de prima urgencia el inicio del tratamiento para mejorar su calidad de vida”. En ese sentido, recordó que: “las EPS están obligadas a prestar el servicio de salud y no pueden colocar obstáculos innecesarios para evadir su responsabilidad en la prestación del servicio y más aún cuando con dicha negativa se está poniendo en riesgo la salud de un niño, quien es considerado sujeto de especial protección constitucional”.

4.10. Del fallo en cita y de las consideraciones precedentes, se colige que la Corte Constitucional ha insistido en que el derecho fundamental de los niños y las niñas debe ser garantizado de inmediato por parte del Estado y de las entidades prestadores del servicio de salud, en razón al carácter prevalente que le fue reconocido por la misma Carta Política, y, por los instrumentos de derecho internacional ratificados por este país. Específicamente, reitera que el derecho a la salud en tratándose de menores que padecen deficiencias auditivas, se traduce en la garantía de recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, sin que haya lugar a omitir o negar la prestación del servicio de salud, con base en el agotamiento previo de trámites administrativos ante la EPS, ni bajo el argumento que los servicios requeridos se encuentren por fuera del plan de beneficios del sistema de salud.

## 5. Caso Concreto.

5.1. En el asunto bajo estudio, está probado que la menor de 5 años, afiliada a Caprecom EPS-S, padece “hipoacusia bilateral profunda” (sordera), razón por la cual el médico tratante especialista en otorrinolaringología le ordenó “implante coclear digital multiconal de ultra frecuencia; implante coclear oído derecho; vacuna neumococo; valoración anestesiología y audífono digital de ultra frecuencia izquierdo”. La madre de la menor ante la omisión de la EPS accionada de autorizar y practicar los procedimientos ordenados por el médico tratante, interpuso acción de tutela con el fin de que sean amparados los derechos fundamentales a la vida y la salud de su hija y, en consecuencia, se ordene la prestación de los servicios médicos referidos.

5.3. El juez de tutela de primera instancia negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, argumentó que no reposa en el expediente constancia que demostrara que la accionante hubiere solicitado a la EPS la prestación de los servicios ordenados, lo que significa que no ha adelantado el procedimiento establecido por la ley para este tipo de procedimientos. Este fallo fue confirmado por el ad quem, al considerar que la acción de tutela no procedía, en tanto, existe un mecanismo eficaz e idóneo para la protección del derecho a la salud, cuya competencia fue atribuida a la Superintendencia Nacional de Salud.

5.4. Dados los elementos del presente caso, considera la Sala que los fallos de tutela de primera y segunda instancia, así como, la actuación de la EPS accionada, desconocen los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política en favor de los niños (as), y la interpretación que sobre su alcance y contenido ha fijado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia.

5.4.1. La Corte reitera que no es admisible que una entidad prestadora de salud imponga a un menor de edad, el cumplimiento previo de trámites administrativos propios de la entidad, como por ejemplo la solicitud ante el Comité Científico de la EPS, pues ello constituye barreras que impiden la realización efectiva del derecho fundamental a la salud y ponen en riesgo la integridad del paciente. Al respecto, esta Corporación en la Sentencia T- 760 de 2008 señaló:

“...las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el

cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad'. En tal sentido, cuando una EPS niega servicios de salud a una persona que tiene derecho a ellos, porque no realizó un trámite que le corresponde realizar a la propia entidad, irrespeta su derecho a la salud, puesto que crea una barrera para acceder al servicio..."

5.4.2. En virtud de lo anterior, en el caso concreto, si bien no se encuentra en el expediente prueba de que la accionante haya presentado solicitud ante el Comité Técnico Científico de Caprecom EPS-S para lograr la autorización y práctica de los procedimientos, la Sala estima que las ordenes expedidas por el médico tratante especialista, aportadas por la accionante al proceso de tutela, constituyen un requerimiento directo a la EPS accionada, para que ordene los procedimientos a favor de la menor; pues cosa distinta sería el aval que dice la EPS requerir del Comité Técnico Científico, relacionado con la forma en que se realizaría el procedimiento.

En este punto, la Sala trae a colación las afirmaciones de la accionante, indicando haber solicitado de manera verbal y en diferentes ocasiones la autorización para dicho implante, recibiendo respuestas evasivas de parte de funcionarios de la EPS. Al respecto, la Corte considera que, una vez la EPS tuvo conocimiento de la situación de la paciente, bien sea por las solicitudes verbales de la madre de la menor, o al conocer de los hechos planteados en la acción de tutela, la accionada debió iniciar los trámites administrativos correspondientes para realizar los procedimientos ordenados por el médico especialista tratante - otorrinolaringólogo -, y así retirar cualquier obstáculo o barrera administrativa, que desconociera el estado de salud del paciente, que por su discapacidad auditiva y, en razón a su edad, goza de una especial protección constitucional.

5.4.3. En razón a los fundamentos constitucionales expuestos con antelación, considera la Sala que Caprecom EPS-S vulnera el derecho fundamental a la salud de la menor Karen Rosiris Salinas Mena, por omitir la autorización y la práctica del Implante Coclear y los demás servicios, ordenados y justificados por los médicos tratantes especialistas, bajo el argumento que por tratarse de servicios NO POS requiere de la formalidad de radicar los documentos ante la EPS para que sea autorizado por el Comité Técnico Científico, pues impone una carga en cabeza de la paciente, que la misma entidad esta en la facultad de asumir.

5.4.4. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Quibdo -Sala Única-, del 4 de diciembre de 2014, que confirmó la sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdo, del 12 de noviembre de 2013, que negó el amparo de los derechos invocados, y en su lugar concederá el amparo del derecho fundamental a la salud de la niña Karen Rosiris Salinas Mena. En consecuencia, ordenará a Caprecom EPS-S, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, realice los procedimientos implante coclear digital multicondencial de ultra frecuencia; implante coclear oído derecho; valoración anesthesiología y audífono digital de ultra frecuencia izquierdo y todos los demás tratamientos que requiera la menor Karen Rosiris Salinas Mena para el manejo de su enfermedad y, que hayan sido ordenados por su médico tratante.

5.5. Por otro lado, en cuanto a la autorización de la vacuna neumococo, la jurisprudencia constitucional ha establecido los siguientes presupuestos para determinar si procede su reconocimiento por vía de tutela: "(i) que exista un riesgo especial y real de contraer la enfermedad; (ii) que los padres no cuenten con capacidad de pago; y (iii) la vacuna haya sido prescrita por el médico tratante o la EPS se haya negado a suministrarla por vía de un derecho de petición." [19]. En el caso concreto, aunque está demostrado que: (i) la madre de la menor no cuenta con la capacidad económica para costear el valor de la vacuna, pues está afiliada al régimen subsidiado en salud, y (ii) que este servicio fue ordenado por el médico tratante [20]; advierte la Sala que no procede el suministro de la vacuna neumococo, en la medida que, no existe prueba en el expediente (historia clínica o diagnóstico del médico tratante), que permita constatar la existencia de un riesgo especial y real de contraer la enfermedad por la menor Karen.

Sin embargo, teniendo en cuenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional de la menor y, además que, la EPS accionada manifestó en la contestación que "ya inició los trámites administrativos pertinentes para el transplante y la vacuna autorizada", la Sala le ordenará que, si aún no lo ha hecho, realice una valoración médica a la niña, para efectos de determinar si existe un riesgo especial y real de contraer la enfermedad de neumococo. En caso de que se constate lo anterior, la EPS deberá suministrar inmediatamente la vacuna neumococo en las cantidades, oportunidad y dosis que considere pertinente el médico especialista adscrito a la red de servicios de la entidad demandada.

5.6. Finalmente, dado que las Entidades Promotoras de Salud deben correr con los costos que el tratamiento excluido del P.O.S. demande, la Sala reitera la jurisprudencia[21] relativa al derecho que está en cabeza de estas entidades de reclamar en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social Integral en Salud, los sobrecostos en que incurran. Ello por cuanto, “la relación entre tales entidades y el Estado, se repite, es contractual, en la cual previamente el mismo Estado ha fijado las reglas de juego, razón por la cual todo lo que se salga de ellas debe asumirlo él, so pena de que se altere gravemente el equilibrio financiero del contrato”[22]. En consecuencia, la Sala reconocerá el derecho a Caprecom EPS-S, de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), por el valor de los gastos en los que incurra siempre y cuando se trate de atenciones no incluidas en el POS-S.

### III CONCLUSIÓN.

#### 1. Síntesis del caso.

1.1. En el asunto bajo estudio, la accionante interpuso acción de tutela en representación de su hija menor de 5 años, debido a la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y la salud, por la omisión de Caprecom EPS-S de autorizar los servicios y procedimientos ordenados por los médicos tratantes a su hija, entre los que se encuentran “implante coclear digital multifuncional de ultra frecuencia; implante coclear oído derecho; vacuna neumococo; valoración anestesiología y audífono digital de ultra frecuencia izquierdo”.

1.2. Al respecto, considera la Sala que la EPS accionada vulneró el derecho fundamental a la salud de la niña, al imponer trámites administrativos como condición previa para autorizar la práctica de los procedimientos que fueron ordenados por el médico tratante, para dar tratamiento a la patología que afecta el sistema auditivo de la menor.

#### 2. Razón de la decisión.

El derecho a la salud en los niños es fundamental y autónomo, prevalece sobre los derechos de los demás y, requiere para su efectividad, que la entidad encargada del servicio de salud garantice al menor una atención preferente, integral, adecuada y proporcional al diagnóstico emitido por el médico tratante. En razón a ello, se vulnera el derecho fundamental a la salud, cuando la EPS omita o niegue la prestación del servicio de salud,

bajo razones administrativas.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Quibdó -Sala Única-, del 4 de diciembre de 2014, que confirmó la sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdo, del 12 de noviembre de 2013, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud y seguridad social de la niña Karen Rosiris Salinas Mena.

Segundo.- ORDENAR a Caprecom EPS-S, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, realice los procedimientos implante coclear digital multifuncional de ultra frecuencia; implante coclear oído derecho; valoración anestesiología y audífono digital de ultra frecuencia izquierdo y, todos los demás tratamientos que requiera la niña Karen Rosiris Salinas Mena para el manejo de su enfermedad y, que hayan sido ordenados por su médico tratante.

Tercero.- ORDENAR a Caprecom EPS-S, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, realice una valoración médica a la niña Karen Rosiris Salinas Mena, para efectos de determinar si existe un riesgo especial y real de contraer la enfermedad de neumococo. En caso de que se constate lo anterior, la EPS deberá suministrar inmediatamente la vacuna neumococo en las cantidades, oportunidad y dosis que considere pertinente el médico tratante especialista adscrito a la red de servicios de la entidad demandada.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y

cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Carné de afiliación a Caprecom EPS, régimen subsidiado, de Karen Rosiris Salinas Mena. Folio 10.

[2] Registro Civil de Nacimiento de Karen Rosiris, fecha de nacimiento 7 de abril de 2008. Folio 9.

[3] Folios 14, 16 y 17.

[4] Folio 19.

[5] Folio 13.

[6] Folio 11.

[7] Folio 12.

[8] Folio 18.

[9] Copia de los oficios denominados "Solicitud y justificación de procedimientos,

tratamientos e insumos NO POS”, expedidos por el Centro Otorrinolaringológico del Chocó en fecha del 20 de septiembre de 2013, respecto del implante coclear oído derecho (folio 14) y, en fecha del 9 de octubre de 2013, respecto del implante coclear oído derecho (folio 16) y del audífono digital de oído (folio 17).

[10] Folios 24 y 25.

[11] El ad quem para fundamentar la improcedencia por subsidiariedad de la acción de tutela, adoptó la regla de decisión fijada por la Corte Constitucional en la sentencia T-825 de 2012, a saber: “5.2. Regla de decisión. El proceso establecido por la Ley 1438 de 2011 para surtir trámite a los casos que conozca la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es un mecanismo eficaz e idóneo para la protección del derecho a la salud, razón por la cual debe acudirse a éste antes de interponer una demanda de tutela, para efectos de cumplir el requisito de subsidiariedad”.

[12] En Auto del treinta y uno (31) de marzo de 2014 de la Sala de Selección de tutela No. 3 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

[13] Constitución Política, artículo 86.

[14] Afirmó la accionante en el escrito de tutela que la conducta que causa la vulneración de los derechos fundamentales de su hija, consiste en la omisión de la EPS accionada de autorizar los procedimientos y servicios que los médicos especialistas ordenaron el 9 de octubre de 2013. Folios 11 a 19.

[15] La acción de tutela fue presentada el 25 de octubre de 2013. Folio 8.

[16] Que entró en vigor en Colombia en 1968.

[17] El artículo 1º de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 define la rehabilitación funcional como: “proceso de acciones médicas y terapéuticas, encaminadas a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que les posibilite modificar su propia vida y ser más independientes.” A su vez, define como rehabilitación integral, el “mejoramiento de la calidad de vida y la plena integración de la

persona con discapacidad al medio familiar, social y ocupacional, a través de procesos terapéuticos, educativos y formativos que se brindan acorde al tipo de discapacidad.”

[18] En la sentencia SU-225 de 1998, la Corte precisó: “En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. Art. 44).”

[19] Ver sentencia T-452 de 2011, que reitera las subreglas fijadas en la sentencia T-977 de 2006, entre otras.

[20] Folio 11.

[22] Sentencia T-475 de 2000.