

Sentencia T-586/13

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Protección por tutela

La acción de tutela para proteger los derechos de los niños se considera procedente, en tanto que forman parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos. La procedencia de la tutela es mucho más evidente si se advierte que está en juego también el mandato constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 C. P.), por razón de su edad, su condición económica, física o mental, y por tanto se hacen sujetos de especial protección. La persona en situación de discapacidad se encuentra en una condición de excesiva vulnerabilidad frente a prejuicios sociales que no puede, por sí mismo y por su propia voluntad, eludir, máxime si se trata de menores de edad, razón por la que merecen un trato especial, con el fin de permitirles estar en igualdad de condiciones con quienes no lo son.

DERECHO A LA VIDA DIGNA DE MENOR-Integralidad en el tratamiento a la salud

Es evidente la afectación del derecho a la salud (física y/o psíquica) que produce en los menores de edad la falta del suministro del tratamiento o medicamento, con lo cual se produce indudablemente la vulneración al derecho fundamental a una vida digna y los mantiene en una situación de debilidad manifiesta, razón por la cual la acción de tutela está llamada a prosperar para conjurar la violación de sus derechos fundamentales.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Posibilidad de autorizar la realización de terapias alternativas a menores en situación de discapacidad como animalterapia, acuaterapia, musicoterapia, equinoterapia

Recientemente, a partir de la existencia de avances científicos y nuevas alternativas terapéuticas, la Corte ha analizado la posibilidad de que para proteger el derecho fundamental a la salud de las personas que padecen algún tipo de enfermedad neurológica,

se autoricen tratamientos que además de no estar incluidos en el POS, tienen un carácter experimental. Es el caso de las denominadas terapias ABA, tales como la animalterapia, la acuaterapia, la musicoterapia, la equinoterapia y otras semejantes, técnicas que pese a su novedad y menor conocimiento y aplicación por parte de la comunidad médica científica, se ha comprobado que pueden ofrecer una razonable probabilidad de efectividad en el proceso de rehabilitación psicofísica de tales personas, además de una mejor relación con sus familias y con la sociedad. La Corte ha considerado que las terapias alternativas son útiles para que los niños accedan al pleno y efectivo goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, a partir de lo cual, existen razones suficientes para que se autorice su práctica, siempre que concurren los requisitos generales que según lo ha señalado la jurisprudencia de esta corporación, deben reunirse en los casos de medicamentos, tratamientos y prestaciones médicas no incluidas en el plan obligatorio de salud (POS).

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD- Acceso a terapias alternativas no POS bajo la metodología A.B.A.

Se ha concluido que debe ser posible ofrecer al niño, niña o adolescente en situación de discapacidad lo que esté al alcance de las entidades promotoras del servicio público de salud, a fin de obtener su máxima rehabilitación posible, objetivo que según se ha observado, puede lograrse mediante la aplicación de este tipo de tratamientos y terapias que la medicina contemporánea ha desarrollado.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR AUTISTA- Orden a EPS autorice y haga realizar tratamiento integral, incluidas las terapias convencionales y no convencionales

Referencia: expediente T-3887645

Acción de tutela instaurada por Herminda Leal Barón, en representación de su hijo menor de edad Juan Pablo Rodríguez Leal, contra Humana Vivir EPS, ahora Human Heart EPS y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Procedencia: Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

Magistrado ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Herminda Leal Barón, en representación de su hijo menor de edad Juan Pablo Rodríguez Leal, contra Humana Vivir EPS, ahora Human Heart EPS y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

El asunto llegó a la Corte por remisión que hizo el referido despacho judicial, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991; la Sala Quinta de Selección de la Corte, en auto de mayo 16 de 2013, lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

La señora Herminda Leal Barón, en representación de su hijo Juan Pablo Rodríguez Leal, nacido en septiembre 18 de 2004 (f. 12 cd. inicial), promovió acción de tutela en noviembre 30 de 2012 contra Humana Vivir EPS, ahora Human Heart EPS y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, aduciendo violación de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana.

A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. La actora quien se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud (nivel I), indicó que a su hijo Juan Pablo Rodríguez Leal, de 8 años, le diagnosticaron autismo infantil y retardo mental grave, por lo que el médico tratante le ordenó la “rehabilitación integral en un centro especializado de manera especializada e individual que le ofrezca un

acompañamiento terapéutico en sus actividades diarias como también en actividades externas que le faciliten un avance en su calidad de vida y la de su familia” (f. 2 cd. inicial).

3. Indicó que mediante derecho de petición solicitó a Humana Vivir EPS y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá autorizar el tratamiento para su hijo en la Clínica Neurorehabilitar, según el programa y tratamiento allí ofrecido, sin obtener una respuesta de fondo, pues le comunicaron que esos servicios y/o procedimientos no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS.

4. Agregó que la negativa de las accionadas coloca en riesgo la vida y la salud de su hijo, pues las enfermedades diagnosticadas son progresivas (f. 2 ib.).

5. Manifestó además que la Clínica Neurorehabilitar tiene convenio con varias EPSs del régimen contributivo y subsidiado para pacientes que han obtenido el tratamiento mediante acciones de tutela, por lo que solicitó su autorización a dicha institución y que Humana Vivir EPS y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, “en adelante continúen prestándole” a su hijo “la atención médica y asistencial que su salud requiera y además, el tratamiento sea entregado en la cantidad y fecha ordenada por su médico tratante y que su EPS le suministre tratamiento integral para la enfermedad que padece autismo infantil + retardo mental grave. Se entiende por tratamiento integral fórmulas médicas, exámenes de diagnóstico y especializados, consultas de médicos generales y especialistas y hospitalización cuando el caso lo amerite y con un cubrimiento del 100% de todos los procedimientos que requiera” (fs. 3 y 4 ib.).

B. Documentos relevantes cuya copia fue incorporada al expediente.

1. Tarjeta de identidad en trámite de Juan Pablo Rodríguez Leal (f. 12 c. ib.).

2. Justificación médica por el neuropediatra tratante del menor Rodríguez Leal, donde certificó que presenta “autismo de la niñez y retardo mental grave con repercusión comportamental” (f. 13 ib.).

3. Carné de afiliación del menor a Humana Vivir EPS, Nivel I (f. 14 ib.).

4. Valoración realizada al menor en la Clínica Neurorehabilitar (f. 18 ib.).

5. Derecho de petición presentado por la actora ante la EPS (fs. 21 a 23 ib.).

6. Historia clínica del menor Juan Pablo Rodríguez Leal (f. 61 ib.).

C. Actuación procesal.

Mediante auto de febrero 11 de 2013, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá admitió la demanda y ordenó dar traslado para que las entidades accionadas ejercieran su defensa.

D. Respuesta de Human Heart EPS.

En escrito presentado por el apoderado de la EPS en febrero 15 de 2013, solicitó declarar que esa entidad no ha incumplido con los servicios de salud, como quiera que “mediante la autorización N° 2013096167, fue autorizada la consulta de control por seguimiento por medicina especializada por valoración de neurología pediátrica, para el Centro Integral Jah Rafa, para que una vez sea valorado por el especialista éste determine el tratamiento a seguir que solicita el usuario” (fs. 32 y 33 ib.).

Agregó que la EPS solicitó los servicios pretendidos por la actora a la Clínica Neurorehabilitar, pero les indicaron “que en esos momentos se encuentran todos los cupos copados, por lo que solicitaron el servicio en el Centro Integral Jah Rafa Ltda., y que la consulta con neuropediatría se encuentra programada para el día 16 de febrero del año en curso” (fs. 32 y 33 ib.).

E. Respuesta de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Mediante comunicación de febrero 14 de 2013, la directora jurídica y de contratación de la entidad señaló que la “EPS Humana Vivir debe garantizar los servicios que se encuentren incluidos en el POS al menor, de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES en liquidación y concordante con el artículo 23 de la Ley 1122 de 2007, es decir, que deberá proveer los servicios de fisioterapia, terapia ocupacional, fonoaudiología, psiquiatría, psicología e hidroterapia en esquema de hospital-día, o en sesiones individuales o grupales” (f. 30 ib.).

Añadió que respecto “a las otras terapias como la equinoterapia o la musicoterapia, terapia

neurosensorial, auxiliar terapéutica profesional 'sombra' y transporte, estos servicios deben someterse al aval del Comité Técnico Científico de la EPSS Humana Vivir por cuanto son servicios fuera del POS" (f. 30 ib.).

Concluyó que "la entidad que representa no ha incurrido en la violación de los derechos del paciente, toda vez que es responsabilidad de la EPS-S Humana Vivir garantizarle en forma oportuna la atención en salud contemplada en el POS a su afiliado como también por aquellos eventos NO POS derivados de un servicio POS como en el caso sub judice" (f. 30 vto ib.).

F. Respuesta del Centro Integral Psicoterapéutico Jah Rafa Ltda..

En escrito de julio 31 de 2013, la gerente general de esa entidad indicó que "recibimos llamada de parte de la señora madre del menor Juan Pablo Rodríguez Leal el día 4 de abril de 2013 solicitándonos cita de primera vez de Neurología Pediátrica, a quien se le notificó que en el momento no había agenda disponible, que una vez el médico neuropediatra nos confirmara nueva agenda para atención de los niños nos estaríamos comunicando telefónicamente para confirmarle la asignación de cita" (f. 10 cd. Corte).

Manifestó además que "el niño no ha sido atendido en nuestra institución y que en la actualidad la IPS está brindando servicios a usuarios que anteriormente pertenecían a la EPS Humana Vivir".

G. Sentencia de primera instancia.

En fallo de febrero 21 de 2013, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá declaró improcedente el amparo, indicando que "actualmente la EPS dispuso una valoración por especialista respecto de la procedencia del tratamiento del cual debe ser sujeto Juan Pablo Rodríguez Leal, atendiendo las consideraciones que primigeniamente hiciera el profesional adscrito a la IPS El Tunal ESE, esto es en el Centro Integral Jah Rafa Ltda.". El servicio de salud requerido por el menor fue cubierto de manera preferente, por tal motivo no se puede establecer incumplimiento por parte de la entidad, al no proporcionar la atención médica en la clínica señalada por la accionante (f. 50 cd. inicial).

Señaló que "claro se encuentra que quien padece el diagnóstico de autismo + retardo

mental grave es un menor de edad, el cual requiere de manera continua e ininterrumpida la prestación de servicios de salud necesarios para su rehabilitación e integración social, caso contrario se atentaría no solo contra el derecho a la salud del paciente, sino también contra su vida, integridad, desarrollo de la personalidad, entre otros, debido a su especial situación, por lo cual, es necesario continuar con la prestación de toda la atención médica que requiera..., sin embargo, hay que tener en cuenta que de acuerdo a la situación fáctica descrita no se observa que el paciente haya sido desatendido frente a su padecimiento, por el contrario en el caso específico, el objeto de la presente acción de tutela se presenta como un caso aislado dentro del proceso del tratamiento del cual es sujeto, en ningún otro evento la EPS ha obstaculizado la atención médica requerida” (f. 51 ib.).

H. Impugnación.

La actora impugnó el fallo con argumentos similares a los del escrito de tutela, y agregó que “es vital tener en cuenta que mi hijo requiere un tratamiento de rehabilitación integral especializado en autismo infantil + retardo mental grave, situación por la cual es necesario acceder al tratamiento en una entidad que tenga la infraestructura y profesionales especializados en autismo infantil + retardo mental grave, factores que las instituciones donde me han enviado no tienen, ya que no realizan un tratamiento diferencial para pacientes con autismo infantil + retardo mental grave (el tratamiento se realiza junto a pacientes de otros diagnósticos en las mismas instalaciones y condiciones), sin tener en cuenta que son diagnósticos completamente diferentes que requieren intervenciones terapéuticas distintas para al evolución positiva de todos los tratamientos” (fs. 58 y 59 ib.).

I. Sentencia de segunda instancia.

En fallo de abril 12 de 2013, el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá confirmó la decisión, expresando que “contrario a lo manifestado por la impugnante la razón del a quo en negar el amparo de tutela surge de la respuesta dada por la EPS Humana Vivir (Human Heart), en la que se indica que la Clínica Neurorehabilitar actualmente no posee cupos para llevar el tratamiento respectivo. En vista de la negativa de la entidad solicitada por la accionante, la EPS dispuso autorizar una valoración con un especialista del Centro Integral Jah Rafa para establecer la procedencia

del tratamiento pertinente” (fs. 34 y 35 ib.).

Agregó que no existe incumplimiento de la prestación del servicio por parte de la EPS, pues si bien es cierto que la entidad no proporcionó la atención médica en la clínica deseada por la actora, sí se ocupó de garantizar el tratamiento requerido en otro centro especializado. Lo que pretende aquella es transformar el despacho en un ente evaluador de las instituciones que han suscrito convenio o contrato con la entidad promotora de salud, lo cual no corresponde a la función dada en la Constitución al juez.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Problema jurídico.

Como se desprende de los antecedentes, la actora considera vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad de su hijo Juan Pablo Rodríguez Leal de ocho años de edad, debido a la omisión de las entidades demandadas, al negar el suministro del tratamiento especializado que requiere, para afrontar las afecciones que padece. Por tanto, corresponde a esta Sala decidir si en el caso en estudio procede la acción de tutela.

Tercera. Procedencia de la acción de tutela para garantizar la especial protección a los menores con discapacidad.

El artículo 44 de la Constitución señala la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás y determina que algunos de los que no se entienden fundamentales para las demás personas, lo serán para ellos. También prevé el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños en forma autónoma, razón por la que no se considera necesario relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela[1].

La carta política ha dispuesto expresamente que son derechos constitucionales fundamentales de los niños y, por tanto, protegibles por el juez de tutela, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión; señala además que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La Constitución no ha hecho en este sentido nada diferente que reiterar lo establecido por los pactos y tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad, a partir de lo dispuesto en el artículo 93 superior.

La prevalencia está consignada en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre 20 de 1959, que estableció en el Principio 6: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.”

De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia desde febrero 27 de 1991, mediante Decreto 94 de 1992, consagró: “Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York en diciembre 16 de 1966 y ratificado en abril 27 de 1977, establece en el artículo 24: “Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”[2]

Es por lo anterior, que la acción de tutela para proteger los derechos de los niños se

considera procedente, en tanto que forman parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos.

La procedencia de la tutela es mucho más evidente si se advierte que está en juego también el mandato constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 C. P.), por razón de su edad, su condición económica, física o mental, y por tanto se hacen sujetos de especial protección. La persona en situación de discapacidad se encuentra en una condición de excesiva vulnerabilidad frente a prejuicios sociales que no puede, por sí mismo y por su propia voluntad, eludir, máxime si se trata de menores de edad, razón por la que merecen un trato especial, con el fin de permitirles estar en igualdad de condiciones con quienes no lo son.

Así entonces, el artículo 47 superior califica a las “personas en situación de discapacidad” como sujetos especialmente protegidos respecto de los cuales el Estado debe adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Lo anterior significa que tratándose de menores, y, además, en situación de discapacidad, su protección está garantizada por las normas constitucionales antes indicadas y además por el artículo 47 de la C. P., que ordena que esa atención tiene que ser especializada porque, entre otras razones, las personas que se encuentran en esa condición de debilidad manifiesta, son destinatarios de la atención adecuada a su situación.

Esa protección, en materia de salud le corresponde no solo al Estado sino también a la familia y a la sociedad. Así, la atención a un niño en situación de discapacidad, incluye el cuidado en el hogar por parte de los padres, hacia la permanente colaboración en el tratamiento de la enfermedad. Pero no únicamente a eso se puede reducir la atención, pues como beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse, pero ha de ser paliada. Y todos ellos: familia, Estado y sociedad deben otorgar lo que más puedan a favor del niño discapacitado.

En fallo T-179 de febrero 24 de 2000[3], la Corte afirmó: “Por consiguiente, a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y

rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno).”

Cuarta. El derecho a la vida digna y el principio de integralidad en el tratamiento a la salud del menor.

Es evidente la afectación del derecho a la salud (física y/o psíquica) que produce en los menores de edad la falta del suministro del tratamiento o medicamento, con lo cual se produce indudablemente la vulneración al derecho fundamental a una vida digna y los mantiene en una situación de debilidad manifiesta, razón por la cual la acción de tutela está llamada a prosperar para conjurar la violación de sus derechos fundamentales.

Se ha expresado en tal sentido: “El derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente”[4].

En este punto es necesario reiterar que el amparo es procedente cuando se omite brindar un tratamiento o medicamento, amenazando o vulnerando los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal del cotizante o beneficiario, pues tal afectación no sólo ocurre cuando se está en inminente riesgo de muerte, sino también cuando tal situación altera las condiciones de vida digna de la persona, como quiera que no se respeta el derecho a la dignidad, si se le ubica en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señala en cuanto ser humano[5], dado que la protección constitucional de este derecho fundamental no enmarca la mera existencia biológica, es decir, no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales.

Por lo tanto, la negativa de las entidades obligadas en materia de salud a proporcionar el medicamento o el tratamiento prescrito por el médico tratante es una flagrante violación a los derechos fundamentales del menor. Como lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación en varias ocasiones, el ser humano necesita ciertos niveles de salud para sobrevivir y poder desempeñarse dignamente, de modo que cuando surgen anomalías que alteran la salud de las personas es válido que deben existir esperanzas que alivien las dolencias y logren nuevamente el equilibrio en salud.

Acorde con la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, la seguridad social en salud en Colombia se rige por el principio de la atención integral, lo que se ve reflejado en los contenidos del plan obligatorio de salud. De acuerdo con este principio, las personas afiliadas al régimen de seguridad social en salud tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que significa que las empresas promotoras de salud están obligadas a prestar estos servicios a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos, respetando en todo caso dicho principio de integralidad[6].

En fallo T-556 de octubre 6 de 1998[7], se señaló (no está en negrilla en el texto original): “Uno de los sectores más débiles de la población está conformado por los niños, quienes a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C. P.). Es por ello que los niños beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, que se rige por el principio de integralidad, tienen derecho a que se les suministren aquellos elementos indispensables para corregir un defecto físico, pues está en juego su derecho fundamental a la salud (art. 44) y su desarrollo armónico, completo y adecuado. El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños y, por tanto, se inaplicarán, en el presente caso, las disposiciones que van dirigidas a imponer limitaciones”.

Quinta. Sobre la posibilidad de autorizar la realización de terapias alternativas a menores en situación de discapacidad.

Recientemente, a partir de la existencia de avances científicos y nuevas alternativas

terapéuticas, la Corte ha analizado la posibilidad de que para proteger el derecho fundamental a la salud de las personas que padecen algún tipo de enfermedad neurológica, se autoricen tratamientos que además de no estar incluidos en el POS, tienen un carácter experimental. Es el caso de las denominadas terapias ABA, tales como la animalterapia, la acuaterapia, la musicoterapia, la equinoterapia y otras semejantes, técnicas que pese a su novedad y menor conocimiento y aplicación por parte de la comunidad médica científica, se ha comprobado que pueden ofrecer una razonable probabilidad de efectividad en el proceso de rehabilitación psicofísica de tales personas, además de una mejor relación con sus familias y con la sociedad.

Según la información relevante recaudada en este caso y en otros semejantes conocidos anteriormente por esta Corte, la medicina ha determinado que la práctica de este tipo de terapias durante los primeros años de vida en personas que padecen discapacidades tales como el síndrome de Down, retraso mental, autismo, parálisis cerebral, entre otras, pueden aumentar sustancialmente su desarrollo psicomotor, así como su conciencia del entorno, de la sociedad y de sus familias. Adicionalmente, en vista de que quienes acuden a los centros especializados en este tipo de medicina tienen la oportunidad de conocer a otros menores que se encuentran en las mismas condiciones psicofísicas, así como a profesionales que conocen la manera más adecuada de tratarlos, se ha observado que ello favorece que los niños creen lazos de afecto y confianza con las personas que los rodean.

En esta perspectiva, la Corte ha considerado que las terapias alternativas son útiles para que los niños accedan al pleno y efectivo goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, a partir de lo cual, existen razones suficientes para que se autorice su práctica, siempre que concurren los requisitos generales que según lo ha señalado la jurisprudencia de esta corporación, deben reunirse en los casos de medicamentos, tratamientos y prestaciones médicas no incluidas en el plan obligatorio de salud (POS). Así, en decisiones como el fallo T-650 de septiembre 17 de 2009 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto)[8], este tribunal ha ordenado a las entidades prestadoras de salud demandadas practicar en instituciones especializadas para el efecto las terapias de este tipo que se hubieren ordenado a los pacientes menores de edad que se encontraran en esa situación, aun cuando dicha prescripción hubiere provenido de un profesional distinto al médico tratante adscrito a la entidad prestadora de salud.

En suma, se ha concluido que debe ser posible ofrecer al niño, niña o adolescente en situación de discapacidad lo que esté al alcance de las entidades promotoras del servicio público de salud, a fin de obtener su máxima rehabilitación posible, objetivo que según se ha observado, puede lograrse mediante la aplicación de este tipo de tratamientos y terapias que la medicina contemporánea ha desarrollado.

Sexta. Análisis del caso concreto.

En el presente caso, se trata de un menor de 8 años de edad, con diagnóstico de autismo infantil y retardo mental grave, a quien la EPS le niega el tratamiento especializado ordenado por su médico tratante, argumentando para ello que se cumplió con la orden impartida y se ha brindado el tratamiento que requiere el niño Juan Pablo Rodríguez Leal.

Sea lo primero señalar, que el asunto reviste una especial importancia, en tanto se trata de la atención que requiere un menor, que por su padecimiento se encuentra en especial circunstancia de debilidad, y por ende la negativa de suministrarle el tratamiento necesario para mejorar su calidad de vida, del cual hacen parte las terapias alternativas ordenadas por el médico tratante, tales como física, ocupacional, de lenguaje y psicología, pone en riesgo sus derechos a la salud y a la dignidad humana, razones que a juicio de la Corte, son suficientes para considerar que en este caso es viable el amparo constitucional al cual acude la accionante.

La Sala reconoce que el tratamiento de educación especial que debe brindar la EPS a la cual pertenezca un niño beneficiario del plan obligatorio de salud, que se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta a causa de una afección a la salud como lo es el autismo, debe comprender de una manera integral elementos del orden de la salud y de la educación, según se requiera, toda vez que dicha integralidad es necesaria para garantizar su adecuado desarrollo armónico[9].

Consta que el menor Juan Pablo Rodríguez Leal no ha sido atendido en el Centro Integral Jah Rafa Ltda.[10], como pretende hacer ver Humana Vivir EPS, ahora Human Heart EPS, pues no está recibiendo por parte de ningún centro especialista en el manejo de su enfermedad -autismo infantil y retardo mental grave- la atención plena que requiere.

En el presente caso resulta imperante proteger los derechos del menor, ordenando a

Humana Vivir EPS, ahora Human Heart EPS, que por su especial situación, le proporcione el tratamiento de rehabilitación e integración social en los términos que ordenó su médico tratante, con el fin de permitirle mejorar su calidad de vida acorde con su dignidad como persona.

En desarrollo de reiterada jurisprudencia de esta corporación, es claro que si por la aplicación estricta de la reglamentación legal que impone la exclusión de ciertos tratamientos, procedimientos o medicamentos del POS, se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios de una entidad de previsión social, la acción de tutela se torna procedente para proteger los derechos a la salud al igual que a una vida digna, siempre y cuando se atiendan los criterios establecidos para dar aplicación directa a los mandatos de orden superior (art. 4 Const.), sobre las normas infraconstitucionales que vulneren en el caso concreto los derechos fundamentales del peticionario, lo cual es posible debido al efecto normativo de la carta política, que irradia sobre todo el ordenamiento jurídico.

Los criterios a los cuales se hace referencia son los siguientes: (1) la falta del servicio médico afecta los derechos a la vida y a la integridad personal del solicitante; (2) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (3) el interesado no puede directamente costearlo, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (4) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio[11], en principio aunque no indefectiblemente.

El cumplimiento de tales requerimientos se demostró en el presente asunto, toda vez que es innegable que la falta del tratamiento afecta la vida digna del menor; no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre en el POS por lo prolongado en el tiempo y fue ordenado por su médico tratante.

En consecuencia, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que se revisa, que a su vez confirmó el proferido por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, que declaró improcedente la acción y, en su lugar, se concederá el amparo.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia dictada en abril 12 de 2013, por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que confirmó la proferida en febrero 21 de ese año, por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, que declaró improcedente el amparo solicitado por Herminda Leal Barón, en representación de su menor hijo Juan Pablo Rodríguez Leal, contra Humana Vivir EPS, ahora Human Heart EPS y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Segundo.- En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana de Juan Pablo Rodríguez Leal, y ORDENAR a Humana Vivir EPS, ahora Human Heart EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha realizado, en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas desde la notificación de este fallo, autorice la realización de todo el tratamiento integral, incluidas las terapias convencionales y no convencionales que el respectivo médico tratante le prescriba al menor Juan Pablo Rodríguez Leal, con el fin de brindarle un mejor desarrollo integral, de manera que le permita mejorar su calidad de vida acorde con su dignidad como persona.

Tercero.- Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Secretaria General

[1] Cfr., entre otras, sobre la protección especial a los niños, las sentencias T-550 de 2001 y T-864 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-510 de 2003 y T-397 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-943 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-265 de marzo 17 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, principios reiterados en las sentencias T-765 de octubre 10 de 2011 y T-681 de agosto 27 de 2012, ambas M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[2] Ver entre otras la sentencia T-265 de 2005 ya citada.

[3] M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[4] Sentencia T-540 de julio 18 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[5] T-1181 de noviembre 8 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[6] Sentencias T-179 de febrero 24 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-988 de octubre 23 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[7] M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

[8] Razonamiento reiterado en las sentencias T-855 de octubre 28 de 2010 y T-392 de mayo 17 de 2011, ambas M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[9] En la sentencia T-920 de julio 17 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte tuteló el derecho de unos menores afectados por parálisis cerebral y retardo mental, a quienes el ISS les suspendió el tratamiento de rehabilitación integral que les prestaba, al afirmar: “La existencia de la exclusión que señala el ISS-EPS no es objeto de discusión. Con todo, cabe hacer distintas precisiones. Así, por una parte, no es claro que el tratamiento de rehabilitación que se prestaba a los menores no fuera necesario para el manejo médico de sus enfermedades y de sus secuelas. El mismo hecho de que ese tratamiento les fuera brindado por profesionales de las ciencias de la salud es de por sí elocuente. Sin embargo, podría aceptarse que la integralidad del tratamiento abarca elementos de distinto orden,

con lo cual se hace difícil, si no imposible, ubicar la pertenencia del mismo a una determinada área de trabajo o del conocimiento.”

[10] F. 10 cd. Corte.

[11] Sentencias T-300 de marzo 21 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-593 de julio 17 de 2003 M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-833 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.