

Sentencia T-650-09

Acciones de tutela presentadas por Marco Fidel Cerpa de Diego, en representación de su hijo menor de edad Marco Cerpa Cristancho y Abelardo Escorcía Nieto, en representación de su hija mayor de edad Eliana Mileth Escorcía Beleño, contra Coomeva E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones adoptadas por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Soledad (Atlántico) el veinticuatro (24) de marzo y dos (2) de abril de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES.

Los señores Marco Fidel Cerpa de Diego y Abelardo Escorcía Nieto, quienes en su orden representan los derechos e intereses de sus hijos Marco Cerpa Cristancho (menor de edad) y Eliana Mileth Escorcía Beleño (mayor de edad), quienes conforme lo indican las historias clínicas allegadas al trámite tutelar padecen autismo y déficit cognitivo, respectivamente, instauraron acción de tutela contra Coomeva E.P.S., por considerar que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la vida, salud e igualdad al negar el suministro de las terapias en animalterapia, acuaterapia, equinoterapia y musicoterapia que requieren para tratar las citadas patologías. La situación fáctica

de los expedientes de tutela es la siguiente:

1. Expediente T-2.281.600 (Marco Fidel Cerpa de Diego en representación de su hijo menor de edad Marco Cerpa Cristancho).

Hechos y pretensión.

Indica el accionante que se encuentra afiliado junto con su hijo a Coomeva E.P.S., quien padece cuadro de discapacidad psicomotora con déficit cognitivo, síndrome de Down, diagnóstico que fue realizado por un médico neurólogo que no está adscrito a la entidad prestadora de salud sino que hace parte del personal voluntario del Centro de Capacitación Especial (CENCAES), por lo que requiere para tener un nivel de vida digno la práctica de terapias integradas que buscan estimular la función motora, sensitiva, sensorial y cognoscitiva.

Sostiene que la citada entidad prestadora de salud, en respuesta a un derecho de petición elevado manifestó que existía confusión entre el servicio de salud y la educación especializada, desconociendo que la atención para los niños discapacitados debe ser integral y que los derechos fundamentales previstos en la Constitución Política y en el Código del Menor deben ser garantizados.

Agregó que el menor está recibiendo atención médica en el citado centro de capacitación por profesionales especializados en fonoaudiología, fisioterapia, equinoterapia, acuaterapia, animalterapia y musicoterapia “estimulaciones sicomotoras que son los tratamientos aplicados para ayudar y mejorar la calidad y nivel de vida de los niños que nacieron con discapacidades de cualquier índole”<sup>1</sup>, por lo que consideró que la negativa de suministrar el tratamiento integral requerido pone de manifiesto la actitud ilegal e injusta de la entidad demandada “causando con esta actitud perjuicio y daño irreparable del menor (...) situación que vengo a denunciar ante este despacho judicial (...) para que cese la vulneración de los derechos fundamentales a la VIDA Y A LA SALUD, del menor antes mencionado.”<sup>2</sup>

Asevera el actor que es una persona de escasos recursos económicos, en tanto devenga mensualmente el salario mínimo “circunstancia que no le permite asumir el costo del tratamiento que su menor hijo discapacitado necesita para (...) obtener un nivel de

vida digna.”<sup>3</sup>

Con fundamento en lo expuesto, el accionante solicita la tutela de los derechos fundamentales vulnerados por Coomeva E.P.S., enfatizando en que el derecho a la igualdad debe ser protegido pues los Juzgados Primero y Noveno Civil Municipal de Barranquilla ampararon los mismos derechos a otros menores de edad, pidiendo en consecuencia que la entidad demandada suministre las terapias integrales de fonoaudiología, fisioterapia, equinoterapia, musicoterapia, acuaterapia, animalterapia de manera continua y permanente, para ayudar a superar la discapacidad psicomotora que padece el menor Marco Cerpa Cristancho desde el nacimiento “servicios que serán prestados en la entidad CENCAES”.<sup>4</sup>

2. Expediente T-2281601 (Abelardo Escorcía Nieto en representación de su hija mayor de edad Eliana Mileth Escorcía Beleño).

Hechos y pretensiones.

Señala el actor que su hija de 21 años de edad presenta un desarrollo mental inferior a su edad cronológica, pues tiene imposibilidad para comprender y comportarse adecuadamente presentando según fue diagnosticado por los médicos del Centro de Capacitación Especial -CENCAES- “dificultad para acatar y recibir órdenes, problema en su motricidad de manos y pies, (...) un lenguaje ininteligible inarticulado, es decir no se le comprende su lenguaje.”<sup>5</sup>

Afirma que con mucha dificultad económica y en vista de que los tratamientos dispuestos por los médicos tratantes de la E.P.S. eran precarios, lo cual se vio reflejado en la poca evolución de su hija, fue inscrita en el citado instituto en el municipio de Soledad para que recibiera educación especial en diferentes áreas académicas (lectoescritura, prematemáticas, motricidad fina, memoria, atención, sensopercepción, áreas integradas), con excepción de las terapias de animalterapia, musicoterapia, hidroterapia, equinoterapia -método ABA-, que “es un servicio adicional que sólo se realiza con la autorización de la respectiva EPS.”<sup>6</sup>

Manifiesta que el hecho de vivir en el mencionado municipio donde se encuentra CENCAES, le permite acceder fácilmente al servicio médico solicitado, resaltando que la

respuesta de Eliana Mileth frente a los procedimientos médicos es favorable “por lo que ordenar o trasladarla a otro centro de terapias perturbaría y truncaría el proceso que hasta la fecha ha avanzado y que puede dar al traste a futuro porque no podemos olvidar su estado de adaptación inicial que requiere de mucha intensidad y tiempo.”<sup>7</sup>

Sostiene que la razón por la cual la E.P.S. no autoriza las terapias solicitadas, radica en que se encuentran excluidas del plan obligatorio de salud, razón por la cual “debo asumir el costo económico de las mismas”<sup>8</sup>, para lo cual afirma estar imposibilitada, teniendo como única alternativa procesal la acción de tutela con el fin de que la protección constitucional sea concedida o de lo contrario Eliana Mileth tendrá que “vivir con su discapacidad de manera permanente y progresiva.”<sup>9</sup>

Luego de hacer mención de los derechos de los niños en la Constitución Política, tratados internacionales y jurisprudencia constitucional, indicó que la entidad demandada no tiene la capacidad e infraestructura para atender niños con discapacidad y que se halla imposibilitada económicamente para costear el valor del tratamiento médico que requiere su hija.

Por todo lo anterior, la pretensión tutelar gravita en la autorización de la prestación de los procedimientos terapéuticos denominados equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia “como terapias técnica ABA”<sup>10</sup> en el Centro de Capacitación Especial -CENCAES- ubicado en el municipio de Soledad, así como en la exoneración de los copagos, ordenando que la E.P.S. demandada recobre ante el Fosyga por los gastos que resulten de la práctica del tratamiento que requiere su hija.

### 3. Intervención de la entidad demandada.

Coomeva E.P.S actuando por intermedio de apoderada judicial, solicitó la declaratoria de improcedencia de las acciones de tutela propuestas argumentando que las terapias solicitadas por los demandantes para que sean practicadas a sus hijos, se encuentran excluidas del Plan obligatorio de salud y fueron ordenadas por médicos que no hacen parte de la red de prestadores de esa entidad.

Consideró adicionalmente que los actores no acudieron al Comité Técnico Científico como

instancia natural, antes de que fuera planteada la discusión en acción de tutela “el cual no ha sido agotado y por lo tanto no hay negación expresa del tratamiento”<sup>11</sup>, agregando que el tratamiento solicitado debe ser prestado por instituciones de educación especial “que es lo que el menor requiere y que se le puede brindar en estos Centros Educativos, de tal suerte su señoría que esta entidad no puede, ni debe asumir estos costos, ya que se rompería el equilibrio financiero al condenarse a esta EPS”<sup>12</sup>, actividades de aprendizaje que no son de su competencia, debiendo ser asumidas por las entidades territoriales certificadas que reciben recursos directamente de la Nación a través del sistema general de participaciones.

Así mismo, sostuvo que los médicos tratantes no allegaron los soportes suficientes para determinar la necesidad de las terapias, ni la cantidad que requieren los menores “razón por la cual se solicita señor juez antes de proferir fallo tenga en cuenta los criterios de nuestros médicos y se emita fallo ordenando adelantar valoraciones por parte de nuestros especialistas en NEUROPSICOLOGIA y NEUROPEDIATRÍA, una vez que estos galenos definan el plan de tratamiento que requiera (...) INMEDIATAMENTE, se diligenciará el formato de justificación para llevar a cabo la instancia natural del COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO.”<sup>13</sup>

Para terminar, hizo mención de los artículos 4° y 15 del Decreto 366 de 2009 “por medio del cual se reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes con discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales en el marco de la educación inclusiva” y 4°, 5° y 7° de la Resolución N° 3099 de 2008 “por la cual se reglamentan los comités técnico-científicos”, para concluir que las tutelas promovidas son improcedentes.

#### 4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

El Juzgado Cuarto (4°) Civil Municipal de Soledad, en sentencias del dos (2) de abril -expediente T-2'281.600- y veinticuatro (24) de marzo -expediente T-2'281.601-, ambas de dos mil nueve (2009) denegó la protección constitucional solicitada por considerar que los peticionarios no han elevado solicitud alguna ante la entidad demandada, razón por la cual “el Comité Técnico Científico no ha negado o autorizado las terapias mencionadas”, trámite que una vez superado y de persistir la

negativa, habilita el ejercicio de la acción de tutela.

## 5. Pruebas que reposan en los expedientes.

### 5.1. T-2.281.600.

- Registro civil de nacimiento N° 18482559 de Marco Cerpa Cristancho (folio 7 del cuaderno principal).

- Historia clínica de Marco Cerpa Cristancho que da cuenta de que padece autismo (folio 8 ibídem).

- Dictamen N° 5170 del seis (6) de febrero de dos mil siete (2007) realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico (folio 9 ibíd.).

- Formulario de evaluación inicial realizado por el Centro de Capacitación Especial -CENCAES- (folio 14 ibíd.).

- Sentencia de tutela proferida por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Barranquilla el seis (6) de septiembre de dos mil siete (2007) dentro de la solicitud de tutela formulada por Hernando Ortega Zúñiga contra Coomeva E.P.S. (folios 17 a 22 ibíd.).

### 5.2. T-2.281.601.

- Formulario de evaluación inicial realizado por el Centro de Capacitación Especial -CENCAES- (folio 7 del cuaderno principal).

- Historia clínica de Eliana Mileth Escorcía Beleño que diagnostica déficit cognitivo (folio 8 ibídem).

- Registro civil de nacimiento N° 13206086 de Eliana Mileth Escorcía Beleño (folio 9 ibíd.).

- Oficio emanado el trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008), por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, dentro de la acción de tutela impetrada por Marcos Eugenio Colón Quiróz en representación de su hijo menor de edad Aldair Eugenio Colón Zúñiga (folios 11 y 12 ibíd.).

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Presentación del caso y del problema jurídico.

Marco Fidel Cerpa de Diego, en representación de su hijo menor de edad Marco Cerpa Cristancho y Abelardo Escorcía Nieto, actuando en idéntica condición a nombre de su hija mayor de edad Eliana Mileth Escorcía Beleño, presentaron acciones de tutela contra Coomeva E.P.S., con el fin de que sean restablecidos los derechos fundamentales a la igualdad, vida en condiciones dignas y salud los cuales estiman fueron vulnerados por la citada entidad al negar la práctica de las terapias de equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia, necesarias en sentir de los demandantes para tratar el autismo y déficit cognitivo que padecen en su orden sus representados. Así mismo, el primer solicitante pide el suministro para su hijo de terapias en fonoaudiología y fisioterapia.

La accionada actuando por intermedio de apoderada judicial, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela formulada argumentando que el procedimiento solicitado por los accionantes además de no estar contemplado en el plan obligatorio de salud, fue ordenado por médicos que no se encuentran adscritos a la E.P.S.. Agregó, que solamente hasta que sea agotado el citado trámite administrativo ante el Comité Técnico Científico como instancia natural, es posible buscar la protección alegada en acción de tutela. En relación con las terapias con fonoaudiología, así como las ocupaciones señaló que “están reglamentadas en el POS, por el sistema de referencia y contrarreferencia, por lo tanto no se han negado ni se negará[n].”

El Juzgado Cuarto Civil Municipal de Soledad, en sentencias del 24 de marzo y 2 de abril de 2009, denegó la tutela solicitada por considerar que “no existe en el expediente pruebas o documento alguno que respalde su petición o la negación de los

servicios médicos por parte de COOMEVA EPS. Como quiera que en respuesta a la Acción de Tutela la entidad accionada es enfática en manifestar que el accionante no acudió a la instancia natural para pedir este tratamiento por fuera del POS, toda vez que las terapias de EQUINOTERAPIA, ANIMALTERAPIA, HIDROTERAPIA, MUSICOTERAPIA, TERAPIAS ABA, NO se encuentran contempladas dentro del plan obligatorio de salud y fueron ordenados por médicos que no se encuentran en la red de prestadores de COOMEVA EPS.”

Con fundamento en la situación fáctica expuesta le corresponde determinar a esta Corporación si la circunstancia de que Coomeva E.P.S. no hubiera accedido a practicar las terapias de equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia las cuales requieren con necesidad Marco Cerpa Cristancho y Eliana Mileth Escorcia Beleño, para tratar la discapacidad que padecen (autismo y déficit cognitivo), bajo la consideración de que no fueron ordenadas por un médico tratante adscrito a la citada entidad, es una razón constitucionalmente admisible para desconocer derechos fundamentales de sujetos especialmente protegidos por el Ordenamiento Superior.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia al derecho fundamental a la salud y su protección por medio de la acción de tutela, a la protección constitucional para las personas con discapacidad, a los supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro de servicios médicos no incluidos en el plan obligatorio de salud y finalmente estudiará el caso concreto.

3. Derecho fundamental a la salud y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración jurisprudencial.

Conforme lo establece el artículo 49 de la Constitución Política, el derecho a la salud tiene doble connotación en tanto es servicio público y derecho constitucional, correspondiéndole al Estado el establecimiento de políticas públicas<sup>14</sup> para organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y al plexo de valores constitucionales previstos en la Constitución Política, marco general que sirvió de guía para que el Congreso de la República reglamentara la materia mediante la Ley 100 de 1993, que expresamente dispuso que el Sistema General de Seguridad Social en Salud debe ser entendido como un servicio público

esencial.

Para esta Corporación el derecho a la salud protege múltiples ámbitos de la vida humana, por lo que lo ha considerado un derecho de naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles.<sup>15</sup>

Ahora bien, como derecho constitucional la jurisprudencia de esta Corporación ha tenido dos momentos. El primero, en el que consideró que mediante el ejercicio de la acción de tutela era posible garantizar el goce efectivo de los llamados derechos de libertad, aunque era viable proteger derechos de contenido prestacional como la salud siempre y cuando tuviera una relación íntima e inescindible con derechos como la vida, integridad personal o mínimo vital o se concretara en un derecho de naturaleza subjetiva cuando eran desconocidos servicios incluidos en los diferentes planes de atención en salud. Sobre el particular en sentencia T-053 de 2009 esta Corte indicó:

“Así las cosas, con anterioridad para obtener la protección directa del derecho a la salud era necesario, (i) que la prestación negada se encontrara incluida dentro del Plan Básico de Salud, el Plan obligatorio de salud o el Plan obligatorio de salud Subsidiado ó (ii) que el desconocimiento de ese derecho constitucional impidiera el goce efectivo de un derecho fundamental, como la vida o integridad personal.”

En el segundo, estimó que la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión ‘derechos fundamentales’, alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.).<sup>16</sup>

Así las cosas, la Corte consideró que la fundamentalidad de los derechos no depende de la manera como estos se hacen efectivos concluyendo en consecuencia que “[l]os derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes

especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).”<sup>19</sup>

No quiere decir lo anterior que la jurisprudencia constitucional haya despojado el derecho a la salud de su carácter prestacional, sino que precisó el carácter fundamental que igualmente ostenta, claro está sin dejar de lado que en el contexto colombiano caracterizado por la escasez de recursos “resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud - supuestamente no fundamental - con el derecho a la vida u otro derecho fundamental - supuestamente no prestacional-.”

El carácter fundamental que este Tribunal le ha conferido al derecho a la salud, no permite per se que en todos los eventos sea tutelable, pues de una parte los derechos constitucionales no son absolutos, es decir pueden ser objeto de limitación en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la posibilidad de hacerlo por vía de tutela, son cuestiones diferentes y separables.<sup>20</sup> Sobre el particular esta Sala de Revisión consideró:

“De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización- y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

(...)

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que esté de por medio un sujeto de especial protección constitucional

(menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional fundamental a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho.”

Por lo tanto, “los jueces deberán constatar en concreto la índole de la prestación reclamada y habrán de analizar con detalle la situación en que se exige su cumplimiento pues, (...) se trata de obligaciones cuya realización implica fuertes erogaciones económicas y en países con recursos escasos no puede perderse de vista la necesidad de fijar prioridades. De ahí que el vínculo entre la no prestación del servicio exigido y la afectación de la dignidad de la persona así como la falta de capacidad de pago constituyan criterios determinantes para que proceda la protección del derecho fundamental a la salud por vía de tutela cuando se trata de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.”<sup>21</sup>

#### 4. Protección constitucional para las personas con discapacidad.

La fórmula del Estado Social de Derecho representa un importante cambio de paradigma no solo desde el punto de vista político, sino también jurídico, pues supera la clásica idea del concepto de igualdad formal para avanzar hacia un modelo incluyente que no admite diferenciaciones irrazonables y desproporcionadas y que impone al Estado el deber de superar cualquier tipo de obstáculo que afecte a sectores tradicionalmente marginados, para lo cual debe adoptar medidas de diferenciación positiva con el fin de que la igualdad real y efectiva no sea tan sólo un contenido normativo retórico o sin mención de contenido.

Esa línea de pensamiento fue acogida por el Constituyente de 1991, al incluir principios constitucionales que en últimas enaltecen y ubican en un lugar protagónico la dignidad humana, proscribiendo cualquier tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, de tal suerte que sea promovida la igualdad material, brindando inclusive especial protección a aquellas

personas que por su condición económica física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta correspondiéndole a las autoridades públicas sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Art. 13 C.P.).

Igualmente, algunos de los cometidos estatales previstos en la Carta Fundamental para los discapacitados que históricamente han sido marginados de muchos ámbitos y que la doctrina y la jurisprudencia han denominado una “minoría discreta u oculta”, están orientados a (i) adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a quienes deberá prestarse la atención especializada que requieran (Art. 47 C.P.); (ii) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud y (iii) la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales o con capacidades excepcionales (Art. 68 C.P.), lineamientos que claramente plantean una protección adicional o reforzada por parte del Estado para este tipo de sujetos.

A nivel de instrumentos internacionales ha sido amplia la normatividad que sobre el tema se ha dictado con posterioridad a la segunda guerra mundial<sup>22</sup>, resaltándose la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”<sup>23</sup> que tras ser ratificada por el Congreso de la República mediante Ley 762 de 2002 y declarada ajustada al Ordenamiento Constitucional por esta Corte.<sup>24</sup>

Los objetivos de la citada Convención están orientados a la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, propiciando la plena integración de estos sujetos en la sociedad para lo cual el Estado Colombiano se compromete a (i) adoptar medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación de la que es objeto esta población y (ii) trabajar prioritariamente en labores de prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles, incluida la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional, sensibilización de la población a través de campañas educativas encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atenten contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad (Arts. 2° y 3°).

La misma Convención define la discapacidad como la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea permanente o temporal que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Agrega el mismo instrumento internacional que el término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales (Art. 1°).

En este contexto, no cabe duda de que el retardo mental o déficit cognitivo que padecen los demandantes como una de las tantas patologías que pueden derivar en discapacidad, es una razón más que suficiente para protegerlos especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentran, pues no hacerlo sería ubicarlos en un plano de desigualdad que resulta inadmisibles a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política. Sobre el particular esta Corporación sostuvo<sup>25</sup>:

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

Por ello, adquiere especial relevancia la Ley 1306 de 2009<sup>26</sup> recientemente dictada por el Congreso de la República que tiene por objeto la protección e inclusión social de toda persona con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad, condición que se presenta cuando la persona padece limitaciones psíquicas o de comportamiento que no le permiten comprender el alcance de

sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio (Arts. 1° y 2°).

La exposición de motivos del proyecto de ley se ocupa de la visión moderna de los sujetos con trastornos mentales o del comportamiento, el reconocimiento de su condición como población vulnerable y las medidas esenciales de protección individual, las clases de sujetos afectados en su capacidad mental o su aptitud de tomar decisiones adecuadas, el reconocimiento como personas con discapacidad y sus efectos, el manejo y administración de los intereses de las personas discapacitadas, la unificación de la materia relacionada con quienes no son intelectualmente sanos o maduros, entre otros. De la intención legislativa puede resaltarse lo siguiente<sup>27</sup>:

“Hoy se estima que la patología de la mente abarca una amplísima gama de situaciones que tienen que ver con deficiencias en la capacidad cognitiva -o retraso mental-, desde los más graves, hasta aquellos leves y desde los más permanentes e irremediables, hasta los que pueden ser paliados mediante técnicas especiales de aprendizaje y entrenamiento terapéutico; y cobija también a quienes sufren serias desviaciones de conducta (trastornos mentales graves, según la Clasificación Internacional de Enfermedades, de la OMS) que los alejan de la realidad de manera esporádica o permanente, en una cantidad de grados, según las características y la gravedad de la enajenación.

(...)

El presente proyecto de ley, si bien considera que todos los seres humanos con algún tipo o grado de discapacidad deben tener un trato preferente por parte del Estado y de la sociedad, tiene como fin primordial la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. Al respecto es importante tener en cuenta que para efectos jurídicos, la ciencia médica ha establecido que existen niveles de discapacidad, con diferente incidencia en el ámbito del derecho.

En consecuencia, tanto para la ciencia jurídica como para la ciencia médica el tratamiento de las personas con algún tipo de discapacidad ha sido una constante en la historia de la humanidad.”

La citada normativa estableció como principios que deben orientar la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad el respeto de su dignidad, su autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia, la no discriminación por razón de discapacidad, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad mental y de su derecho a preservar su identidad, principios que “tienen fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta Ley” (Art. 3°).

Sin duda, la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 marcó un cambio de actitud importante por parte de las autoridades frente a sectores débiles y vulnerables como los discapacitados, haciendo realidad uno de los propósitos del Estado Social cual es la permanente interacción que debe existir entre el Estado y la sociedad a partir de políticas públicas incluyentes.

5. Jurisprudencia constitucional respecto de servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

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

Precisamente y para garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el Plan obligatorio de salud<sup>28</sup> que tiene por finalidad la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases

de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del plan obligatorio de salud se justifica en buena medida por las limitaciones presupuestales existentes en el contexto Colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes de salud, cuando (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Señaló este Tribunal en sentencia T-760 de 2008:

“En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.”

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entra la Corte a resolver el asunto puesto a consideración.

## 6. Estudio del caso concreto.

### 6.1. Una cuestión previa. Los demandantes están legitimados en la causa por activa

para buscar la protección de los derechos fundamentales de Marco Cerpa Cristancho y Eliana Mileth Escorcía Beleño.

Comoquiera que la protección constitucional no fue solicitada directamente por los titulares de los derechos fundamentales en cuestión, la Sala considera necesario estudiar antes de adoptar la decisión de fondo a que haya lugar lo concerniente a la legitimación en la causa por activa o interés para obrar que ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Corte como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión de fondo, o en caso de que ello ocurra, la misma no puede resultar favorable a los intereses procesales de aquella.”<sup>29</sup>

Conforme lo establece el artículo 86 Superior, toda persona podrá acudir a la acción de tutela como mecanismo residual para buscar la protección inmediata de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe a su nombre, cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial a menos que esté demostrada la existencia de un perjuicio irremediable, lo cual hace viable el amparo de manera transitoria, mandato general que en lo pertinente a la legitimidad en la causa por activa fue reglamentado por el legislador extraordinario (Decreto 2591 de 1991, Art. 10) en los siguientes términos:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier 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.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

Quiere decir lo anterior que pese a que el ejercicio de la acción de tutela está orientado por el principio de informalidad, existen unas reglas procedimentales mínimas en materia de legitimación en la causa por activa que permiten interponerla

directamente por el titular de los derechos fundamentales, por intermedio de representante legal (menores, incapaces, interdictos, personas jurídicas), a través de apoderado evento en el que los poderes se presumirán auténticos ó finalmente mediante agente oficioso, quien deberá indicar las razones por las cuales actúa en esa calidad, a menos que estas se infieran por encontrarse la persona en imposibilidad física o estado de indefensión.

En el sub lite claramente está acreditada la imposibilidad para que Marco Cerpa Cristancho acuda directamente a la jurisdicción constitucional a buscar la protección de sus derechos fundamentales, pues además de tratarse de un menor de edad<sup>30</sup> que legalmente no tiene capacidad para buscar la defensa de sus derechos e intereses, padece un trastorno mental (autismo) que igualmente lo imposibilita para tal efecto<sup>31</sup>. Por lo tanto, no vacila la Sala en afirmar que su progenitor se encuentra legitimado para buscar la protección iusfundamental reclamada por tratarse de su representante legal<sup>32</sup>.

El mismo tratamiento procesal debe darse a Eliana Mileth Escorcía Beleño que si bien ya alcanzó la ciudadanía según aparece demostrado en el expediente de tutela<sup>33</sup>, es indudable que el déficit cognitivo que padece el cual le genera una “discapacidad permanente superior a un 70%”<sup>34</sup>, es una razón más que suficiente para justificar el ejercicio de la acción de tutela por intermedio de su padre como agente oficioso<sup>35</sup>, teniendo en cuenta la imposibilidad física y el estado de indefensión en el que ella se encuentra.

6.2. Verificación de los supuestos fácticos establecidos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Procede la Sala a constatar el cumplimiento de los supuestos fácticos establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar si la protección solicitada debe ser concedida en esta oportunidad, no sin antes reprobando la decisión adoptada por el juez de instancia que en un tema rutinario y fácil de decidir para la jurisprudencia constitucional, tan sólo se limitó a apelar a un argumento de naturaleza formal para negar el amparo solicitado, pasando por alto que los demandantes son personas discapacitadas que requieren con necesidad las terapias solicitadas, lo cual exige como quedó visto en las

consideraciones de esta providencia especial cuidado y atención por parte de todas las autoridades.

En materia de tutela, esta Corporación ha considerado que a pesar de que los efectos de las decisiones son inter partes<sup>36</sup>, la ratio decidendi sí constituye un precedente vinculante para las autoridades, pues la aplicación directa del texto constitucional no se reduce a los artículos que en términos formales hacen parte de él, sino que deben entenderse incluidas las decisiones adoptadas por este Tribunal que tienen por objeto “homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales”<sup>37</sup> mediante el mecanismo de revisión de las decisiones de tutela (Art. 241-9 C. P). Al respecto, esta Corte indicó<sup>38</sup>:

“Como corolario de todo lo anterior, tanto en lo concerniente a la ratio decidendi en materia de sentencias de constitucionalidad como en el caso de las de tutela, se puede concluir que la ratio decidendi de tales providencias constitucionales resulta vinculante para todos los operadores jurídicos, en virtud de varios fundamentos derivados de las competencias establecidas en la Carta.

Como primera medida, la ratio decidendi (i) refleja la interpretación calificada y de autoridad de la Carta que hace el Tribunal Constitucional, en virtud de sus competencias (Art. 241 y 243 C.P.), como ya se enunció. Por lo tanto, tiene fuerza vinculante general como lo ha reconocido reiteradamente esta Corporación, en la medida en que la ratio decidendi responde a la lectura e interpretación autorizada de la Constitución por parte del órgano competente para el efecto, en los términos que exige el artículo 241 de la Carta.

Además la ratio decidendi resulta vinculante formalmente, (ii) en consideración a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y a los condicionamientos de que fue objeto, en virtud de la sentencia C-037 de 1996.

Finalmente, la ratio decidendi resulta obligatoria, (iii) porque: // asegura que las decisiones judiciales se basen en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico // garantiza la coherencia del sistema (seguridad jurídica), y, // favorece el respecto a los principios de confianza legítima (...) e igualdad en la aplicación de la ley (...) establecidos en la Constitución.

Por lo tanto, la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional.”

En efecto, el Juzgador consideró que “al no existir solicitud alguna del tratamiento que necesita el menor, el Comité Técnico Científico no ha negado o autorizado las terapias mencionadas, [y que] en el caso [de] que el Comité Técnico Científico, nieg[ue] el suministro del procedimiento médico entonces si puede adelantar el trámite de tutela”, decisión que claramente contraría la orientación jurisprudencial que sobre el tema esta Corporación ha efectuado<sup>39</sup>, la cual no puede ser entendida como una opción más para los operadores jurídicos, sino un deber primordial, en razón a que es a través de la observancia del precedente que se asegura de manera definitiva la eficacia de los derechos constitucionales, en la medida en que se tiene como punto de partida al resolver cada caso concreto, el mismo entendimiento de la Constitución.<sup>40</sup>

En consecuencia, era deber del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Soledad (Atlántico) argumentar de manera suficiente el motivo por el cual se apartaba del precedente constitucional, que en últimas busca garantizar los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, igualdad y seguridad jurídica, razón por la cual “las reglas jurisprudenciales establecidas en las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precisa el contenido y alcance de los derechos constitucionales, tienen fuerza vinculante para los demás operadores jurídicos, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.”<sup>41</sup>

Ahora bien, de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente de tutela se tiene probado que (i) Marco Cerpa Cristancho padece autismo (folio 8 del cuaderno principal del expediente T-2281600); (ii) Eliana Mileth Escorcía Beleño presenta déficit cognitivo que deriva en discapacidad permanente superior al 70% (folio 8 del cuaderno principal del expediente T-2281601); (iii) el médico tratante que no se encuentra adscrito a Coomeva E.P.S. recomendó para “un mejor desarrollo de vida” la

práctica de terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia (folios 8 y 7 ibídem, respectivamente); (iv) la entidad demandada negó el suministro del procedimiento médico solicitado por considerar en primer término, que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y de otra parte, por cuanto fue ordenado por un médico que no está vinculado con ella, razón por la cual indicó no existe negación expresa por parte del Comité Técnico Científico, decisión administrativa que en su sentir condiciona el ejercicio de la acción de tutela (folios 30 y 19 ibíd, respectivamente).

Como puede verse, el argumento medular de defensa al que acudió la entidad demandada para excusar la negativa de autorización de las terapias solicitadas por los demandantes, radicó en que fueron ordenadas por un médico tratante no adscrito a la E.P.S., lo que condujo a que los accionantes no hubieran acudido, en sus palabras, “a la instancia natural” cual es el Comité Técnico Científico para solicitar su aprobación, razón por la que al no haberse surtido el mentado trámite no es posible acudir a la acción de tutela.

Sin embargo, para la Sala lo anterior no es de recibo por varias razones. La primera, radica en que la circunstancia de que un medicamento, procedimiento o tratamiento ordenado a una persona por un médico tratante que no se encuentra adscrito a determinada E.P.S. no es por sí misma una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud por cuanto puede convertirse en una barrera para el acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento de dicha situación que puede ser inclusive con ocasión de la presentación de una acción de tutela, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o puede resultar lesivo de la salud de la persona la práctica de lo ordenado por el galeno que no se encuentra adscrito a la red de servicios de la E.P.S. Sobre el particular esta Corporación ha considerado<sup>42</sup>:

“No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los

especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto.”<sup>43</sup>

Al respecto, Coomeva tan sólo se limitó a señalar que “los médicos tratantes además de no entregar los soportes suficientes para determinar la necesidad de estas terapias [ni] existe especificación sobre un plan de manejo para las terapias solicitadas por el Accionante (...) Además no se especifican el número de terapias”, echándose de menos razones de naturaleza científica que desvirtúen la necesidad de practicar las terapias ordenadas o que le permita tener al juez de tutela elementos de juicio importantes para no acceder a la protección constitucional solicitada, la cual en últimas está encaminada al logro de una vida en condiciones dignas, pues como lo afirmó el galeno la finalidad del procedimiento médico ordenado es garantizar “un mejor desarrollo de vida” para los demandantes, no siendo posible pasar por alto la protección constitucional reforzada dispuesta para la población con discapacidad tal y como se indicó en las consideraciones de esta providencia.

De otra parte, porque la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en indicar que (i) por la naturaleza administrativa del Comité Técnico Científico su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un paciente sea otorgado; (ii) no puede considerarse como una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud, ni como una carga administrativa que debe asumir la persona; (iii) conforme a la Resolución 2933 de 2006 (Art. 7°), el trámite ante el Comité Técnico Científico es competencia del médico tratante adscrito a la E.P.S. y no una gestión que le corresponda adelantar por cuenta propia al paciente y (iv) no debe ser entendido como un presupuesto de procedencia de la acción de tutela “por lo cual no es jurídicamente admisible negar el amparo de derechos fundamentales con el argumento de no haber acudido de manera previa al Comité en cuestión.”<sup>44</sup>

En consecuencia, la Sala no acoge lo dicho por la entidad demandada y el Juzgador de única instancia, en el sentido de que el trámite administrativo que debe surtirse por intermedio del médico tratante de la E.P.S. ante el Comité Técnico Científico, debe entenderse como un presupuesto de procedencia de la acción de tutela, en tanto contraría lo establecido

en el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991, toda vez que el principio de subsidiariedad únicamente está referido a la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales.

Ahora bien, como tampoco la E.P.S. demandada indicó que existe otro procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud que pueda reemplazar el ordenado por el médico tratante teniendo la posibilidad de hacerlo en el escrito de contestación de la acción tutelar, la Sala aplicará la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, parámetro que igualmente se hace extensivo respecto de la incapacidad económica alegada por los padres de Marco<sup>46</sup> y Eliana Mileth<sup>47</sup>, negación indefinida que no fue objeto de controversia alguna y que permite adicionalmente a la Sala exencionarlos de los copagos que se generen con ocasión de la práctica de las terapias que requieren para tratar del déficit cognitivo que padecen.

Respecto de la capacidad económica esta Corporación tiene establecida una copiosa jurisprudencia en la que ha considerado que la carga de la prueba en este evento se invierte en cabeza de la E.P.S. demandada, toda vez que dichas entidades tienen acceso a la información socioeconómica de sus usuarios, lo que les permite generar un debate importante sobre este asunto, de tal suerte que la inacción tiene como consecuencia jurídica que se tenga como prueba suficiente para presumir que el afectado no cuenta con los recursos económicos para acceder a determinado servicio de salud.

Así las cosas, la entidad demandada deberá suministrar las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requieren con necesidad Marco Cerpa Cristancho y Eliana Mileth Escorcia Beleño, para lo cual será necesario realizar previamente una valoración por parte de médicos adscritos a dicha entidad con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debe realizarse.

Las citadas terapias deberán ser practicadas preferiblemente en el Centro de Capacitación Especial -CENCAES- que se encuentra en el municipio de Soledad (Atlántico), donde están ubicadas las residencias de los demandantes, con la salvedad de que en el evento de no existir contrato con este organismo, podrán ser prestadas en otro siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para

acceder al servicio de salud.48

Adicionalmente y atendiendo que la entidad demandada indicó en el escrito de contestación de la solicitud de tutela que “la remisión a terapias con fonoaudiología, así como las terapias ocupacionales, están reglamentadas en el POS, por el sistema de referencia y contrarreferencia”, la Sala únicamente indicará que las mismas deberán suministrarse al menor Marco Cerpa Cristancho en la cantidad y con las especificidades indicadas por el médico tratante.

Por último, la Sala prevendrá a Coomeva E.P.S. para que repita hasta por la mitad del valor de las terapias ordenadas en esta sentencia ante el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA-, en tanto se cumplen los presupuestos establecidos en la sentencia C-463 de 200849, cuales son, (i) que se trate de cualquier tipo de enfermedad, pues para la Corte este concepto debe entenderse “en un sentido amplio en cuanto comprometa el bienestar físico, mental o emocional de la persona y afecte el derecho fundamental a la salud así como otros derechos fundamentales, a una vida digna o a la integridad física, independientemente de que sea o no catalogado como de alto costo”; (ii) que el servicio médico o prestación de salud, prescrito por el médico tratante y excluido del Plan Obligatorio de Salud, comprenda cualquiera de los regímenes en salud “legalmente vigentes” y (iii) que la E.P.S. no estudie oportunamente las solicitudes de servicios de salud, ordenadas por el galeno tratante (medicamentos, intervenciones quirúrgicas, tratamientos, o cualquiera otro), que están por fuera del Plan Obligatorio de Salud, ni que el médico tratante las tramite ante el respectivo Comité Técnico Científico y la E.P.S. se vea obligada a suministrarlo con ocasión de una orden judicial dictada por un juez de tutela.50

### III. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias dictadas por el Juzgado Cuarto (4°) Civil Municipal de Soledad (Atlántico), el veinticuatro (24) de marzo y dos (2) de abril, ambas de dos mil

nueve (2009) que decidieron negar la tutela solicitada, para en su lugar, ACCEDER a la protección constitucional solicitada por Marco Fidel Cerpa de Diego en representación Marco Cerpa Cristancho, y Abelardo Escorcía Nieto, quien actúa como agente oficioso de su hija Eliana Mileth Escorcía Beleño.

Segundo.- ORDENAR a Coomeva E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia practique a Marco Cerpa Cristancho y Eliana Mileth Escorcía Beleño las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requieren con necesidad, para lo cual deberá realizarse previamente una valoración por parte de médicos adscritos a dicha entidad con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debe realizarse.

Tercero.- ADVERTIR a Coomeva E.P.S. que las terapias ordenadas preferiblemente deberán realizarse en el Centro de Capacitación Especial -CENCAES- que se encuentra en el municipio de Soledad (Atlántico), donde están ubicadas las residencias de los demandantes, con la salvedad de que en el evento de no existir contrato con este organismo, podrán ser prestadas en otro siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para acceder al servicio de salud.

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

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 2 del cuaderno principal.

2 Folio 3 ibíd.

3 Folio 3 ibíd.

4 Ibídem.

5 Folio 1 ibíd.

6 Folio 2 ibíd.

7 Folio 3 ibíd.

8 Folio 2 ibíd.

9 Folio 3 ibíd.

10 Ibídem.

11 Folio 33 ibíd.

12 Ibídem.

14 La sentencia T-760 de 2008 indicó las condiciones básicas que debe cumplir a la luz de la Constitución toda política pública orientada a garantizar la efectividad de un derecho constitucional. En primer término, la política debe existir pues “[n]o se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado

que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar.” De otra parte, la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho, es decir, “no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica que no esté acompañada de acciones reales y concretas” y finalmente que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política permitan la participación democrática resultando inaceptable constitucionalmente que exista un plan “(i) que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan o (ii) que sí brinde espacios, pero que éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.”

15 *Ibíd.*

16 T-859 de 2003. La Corte en buena parte de su jurisprudencia ha invocado la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la observación general N° 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que fijó el sentido y alcance de los derechos y obligaciones derivados del pacto.

17 T-016 de 2007.

18 T-760 de 2008.

19 T-016 de 2007. Este mismo criterio fue reiterado en la sentencia T-760 de 2007.

20 T-760 de 2008.

21 *Ibíd.*

22 En la sentencia T-198 de 2006, esta Corporación sostuvo: “[e]l reconocimiento internacional de los derechos de las personas con discapacidad se encuentra contenido en varios instrumentos internacionales, entre los que podemos encontrar, la Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre ‘Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad’, la Convención Interamericana para la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras.” Un estudio exhaustivo de la normatividad internacional fue realizado en las sentencias C-478 de 2003 y T-1258 de 2008, sentencia última en la que la Corte estudió un caso relacionado con enanismo.

23 Suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999.

24 C-401 de 2003.

25 T-478 de 2008.

26 Promulgada en el Diario Oficial N° 47.371 de 5 de junio de 2009. Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

27 Gaceta del Congreso de la República N° 366 (año XVI), Págs. 16 y 17.

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

29 C-965 de 2003.

30 La fecha de nacimiento según lo indica el registro civil de nacimiento fue el 2 de agosto de 1992 (folio 7 del cuaderno principal del expediente T-2281600).

31 Según el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el total de la deficiencia en razón del trastorno es del 40% (folio 11 del cuaderno principal del expediente T-2281600).

32 Conforme lo prevé el artículo 306 del Código Civil, “[l]a representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres.”

33 Según lo indica el registro civil de nacimiento nació el 14 de mayo de 1988.

34 Folio 8 del cuaderno principal del expediente T-2281601.

35 Recientemente en Auto A-237 de 2009, esta Corporación decidió una solicitud de nulidad promovida por intermedio de agente oficioso.

36 Conforme lo establece el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, “[l]as sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto”.

37 SU-640 de 1998.

38 T-292 de 2006.

39 Al respecto, pueden mencionarse entre otras las sentencias T-053 de 2004, T-1164 de 2005, T-1063 de 2005, T-071 de 2006, T-227 de 2006, T-306 de 2006, T-464A de 2006, T-222 de 2007, T-411 de 2007, T-572 de 2007, T-939 de 2007, T-760 de 2008, T-252 de 2009 y T-402 de 2009.

40 T-983 de 2006.

41 Ibídem. La misma decisión consideró que “el deber de respeto a la Constitución no puede entenderse como hacer una invocación meramente formal de la Carta Política en la decisión que se adopta, sino aplicar el ordenamiento jurídico conforme al alcance que para cada caso específico ha establecido su intérprete supremo, esto es, la Corte Constitucional, en razón a que sólo de esa manera se garantiza igualdad en el trato jurídico, cumpliendo así nuestra norma normarum su función de dar unidad al sistema jurídico. De allí que tanto autoridades como particulares deban asumir que no de otra forma se asegura a los residentes en Colombia la realización del valor justicia dentro del marco jurídico que propugna el Preámbulo de nuestra Carta Política.”

42 En sentencias T-835 de 2005 y T-151 de 2008, la Corte ordenó el suministro de servicios de salud a pesar de que no fueron ordenados por médicos adscritos a las E.P.S. correspondientes, por tratarse de menores de edad que padecían pubertad precoz e infección urinaria frecuente, respectivamente.

43 T-760 de 2008.

44 T-306 de 2006.

45 En lo pertinente, la disposición en cita establece: “Agotamiento opcional de la vía gubernativa. No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. (...)”

46 La apoderada indicó en la solicitud de tutela: “Bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado con la presentación de esta tutela, manifiesto que mi poderdante, es una persona de escasos recursos económicos, que devenga un salario mínimo mensual vigente, circunstancia que no le permite asumir el costo del tratamiento que su menor hijo discapacitado necesita para acceder y obtener un nivel de vida digna.” (Folio 3 del cuaderno principal).

47 Sostuvo en la demanda tutelar: “En conclusión por hallarme imposibilitado económicamente para costear el valor o costo del tratamiento que requiere mi hijo, de no recurrir a la acción de tutela y sea amparado mediante protección constitucional sus derechos como tal estará condenado irremediablemente a vivir con su discapacidad de manera permanente y progresiva.” (Folio 3 del cuaderno principal).

49 En esta oportunidad, la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 14 (parcial) de la Ley 1122 de 2007. La misma línea de argumentación acogió recientemente el Consejo de Estado (sentencia del 18 de junio de 2009, Exp. 2004-00340), al declarar la nulidad del artículo 2°, literal b) inciso final de la Resolución N° 002949 de 2003. Consideró el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo: “De tal manera que, conforme al alcance de la sentencia de la Corte Constitucional que ha quedado transcrita, el Comité Técnico Científico no puede denegar el suministro del medicamento aduciendo pertinencia o no cumplimiento de los criterios de autorización, como se alude en el aparte cuestionado, pues siempre debe prevalecer el criterio del médico tratante; y si su decisión obliga al afiliado a acudir a la acción de tutela, mal puede premiarse a la EPS o EOC, reconociéndole el valor pleno del medicamento, cuyo Comité Científico la hizo incurrir en omisión, vulnerando con ello los derechos a la salud y a la vida de los pacientes. // El texto de la referida sentencia de la Corte Constitucional es diáfano en establecer el reconocimiento del 50% por partes iguales, cuando medie acción

de tutela. Luego, no cabe hacer la excepción de la norma en estudio para reconocer un monto pleno frente a una misma situación, cual es, la de haber propiciado que el usuario acuda a la acción de tutela.”

50 T-649 de 2008.