

T-650-14

Sentencia T-650/14

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-A través de apoderado judicial

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

En lo concerniente al derecho a la salud, la Corte ha sostenido que dicha garantía se vulnera cuando el servicio requerido con necesidad es negado a una niña o a un niño. Por obvias razones, principalmente, por tratarse de personas que por su edad se encuentran en un estado de vulnerabilidad permanente, la protección se refuerza más en el evento en que el menor padezca algún tipo de discapacidad, toda vez que, en consonancia con el artículo 13 de la Carta, es deber del Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Requisitos

Debido a que en ciertos casos la aplicación absoluta de las limitaciones del POS puede resultar lesiva de garantías fundamentales, esta Corporación ha inaplicado la anterior regla que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar su suministro cuando el mismo es indispensable para evitar el deterioro físico o mental y la vulneración de la dignidad de una persona que no cuenta con capacidad económica para costearlo, pues ello implicaría dar primacía a una obligación de carácter económico sobre un derecho fundamental, a través de una norma legal o administrativa.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Concepto

Es la garantía con que cuenta el usuario de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho

resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Objetivo

El derecho al examen diagnóstico está orientado a garantizar los siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”, (iii) poder iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida, según la enfermedad sufrida.

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Cuando se trata de suministro de pañales desechables, no es aceptable exigir someterse a exámenes diagnósticos para determinar la necesidad de ordenarlos/DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCION INTEGRAL-Suministro de pañales

El Tribunal Constitucional estima que, debido a que ciertas personas dentro del Sistema de Salud sufren de especialísimas condiciones de vulnerabilidad física o mental, existen algunos criterios de reconocimiento, que actualmente se encuentran recogidos en la línea de protección de acceso de los usuarios del Sistema al suministro de pañales desechables, a saber: (i) que se trate de un individuo que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro); (ii) que dependa totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas y; (iii) que no tenga la capacidad económica, ni su familia, para sufragar el costo del servicio requerido y solicitado a la E.P.S.

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-Protección

El Tribunal Constitucional ha optado por conceder directamente la prestación, si las circunstancias del caso demuestran que es imprescindible para asegurar la eficacia de la dignidad humana; o bien, ordenar la valoración médica del paciente para que los médicos tratantes, bajo parámetros científicos, y vinculados por las normas éticas y disciplinarias de la profesión, determinen y precisen la necesidad de un servicio y la forma en que debe prestarse.

SERVICIO DOMICILIARIO DE ENFERMERIA-Si no existe orden del médico tratante, puede ser ordenado por el juez cuando de las pruebas se determine que el paciente lo requiere con necesidad

Aunque no exista orden médica en la que se prescriba el servicio de enfermería y, dado que la E.P.S. accionada tiene el deber de prestar los servicios que el paciente requiera, la Corte ha ordenado a las entidades que se valore la condición del demandante, en aras de determinar si necesita el servicio de enfermería, tal y como lo solicita mediante la acción de amparo.

DERECHO A LA SALUD Y CONCEPTO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para determinar el servicio que se requiere pero no es el único

La jurisprudencia constitucional ha estimado que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un servicio de salud, pero no el exclusivo. Así, aun cuando la orden del médico tratante constituye el fundamento sobre el cual se apoya el criterio de necesidad de un determinado servicio y cuando existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en el POS, también lo es que por el solo hecho de la ausencia de tal prescripción no se le puede negar, de plano, el acceso al mismo, pues es deber de la E.P.S. valorar las condiciones del paciente, en aras de determinar si un servicio solicitado en estas condiciones debe ser autorizado o no.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Orden a EPS practicar valoración médica de especialistas en el manejo de la patología que padece la menor y con fundamento en los resultados deberán determinar si se requieren los servicios médicos solicitados

Referencia: expediente T-4.343.418

Demandante: Ella Judith Medrano Escandón en representación de Stefannia Sánchez Medrano

Demandado: E.P.S. Sanitas S.A. y Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga -

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido el 12 de noviembre de 2013 por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante el cual se confirmó la providencia dictada el 27 de septiembre de 2013 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Ella Judith Medrano Escandón, en representación de Stefannia Sánchez Medrano, en contra de la E.P.S. Sanitas S.A. y el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección número Cinco por medio de Auto de 15 de mayo de 2014 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La situación fáctica que fundamenta la invocación del amparo constitucional, es la que a continuación se expone:

2. Hechos

2.1. Su hija, Stefannia Sánchez Medrano, de 5 años de edad, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, a través de la E.P.S. Sanitas S.A., en calidad de beneficiaria de su padre, John Mauricio Sánchez Araque.

2.2. De acuerdo con la historia clínica que obra en el expediente, padece de síndrome de Down; ha sido intervenida quirúrgicamente por vitrectomía, catarata congénita y luxación de rótulas; y presenta retraso en el desarrollo psicomotor como consecuencia del paro cardiorrespiratorio que sufrió en enero de 2012, al encontrarse hospitalizada por mediastinitis.

2.3. Debido a dicho diagnóstico, presenta las siguientes condiciones: no camina, lenguaje mínimo (monosílabos), hemiparesia izquierda y alteraciones cognitivas, patologías que han venido siendo tratadas mediante la práctica de terapias físicas, de lenguaje y ocupacional, ordenadas por el médico tratante especialista en neurología - pediátrica.

2.4. Sostiene que en julio de 2013, la terapeuta física adscrita a la I.P.S. Rehabilitemos Ltda., advirtió la necesidad de ayuda ortésica con el fin de entrenar una marcha efectiva y funcional y de prevenir futuras deformidades.

2.5. Asimismo, indica que, el 2 de septiembre de 2013, mediante evaluación terapéutica, la fisioterapeuta adscrita al Centro de Atención a la Familia y al Niño, Creciendo Ltda., institución que venía prestando el servicio, expresó que la menor “requiere aditamentos ortésicos para realizar tratamiento y manejo en la intervención terapéutica y en casa: inmovilizadores para MMSS Izquierdo, inmovilizadores a nivel de rodilla, férulas posteriores en polipropileno para evitar deformidad y para mejorar apoyo y alineamiento de MMII para llevarla a bipedestación; bipedestador; silla o coche adecuados a su discapacidad, la niña es muy pesada y ya es imposible que la madre la transporte cargada; y adicionalmente sería conveniente hidroterapia y manejo por educación especial como ayudas educativas para su desenvolvimiento social y académico”.

2.6. En tal virtud, en cita con el ortopedista tratante, la progenitora solicitó la autorización de las férulas recomendadas, petición que fue despachada desfavorablemente, dado que, según el galeno, dichos insumos resultaban inútiles en las condiciones en que se encuentra su hija.

2.7. Frente a la anterior negativa, la accionante decidió acudir ante otro ortopedista adscrito a la E.P.S. demandada, quien el 28 de agosto ordenó férulas OTP (órtesis de tobillo y pie) dinámicas par No. L (según orden). Sin embargo, Sanitas E.P.S. negó su entrega.

2.8. De igual manera, asevera que, pese a los requerimientos, la entidad no ha realizado la valoración integral a la menor, carga económica que no puede asumir, pues carece de recursos económicos suficientes para sufragar su costo.

2.9. Considera que los médicos tratantes se abstienen de ordenar insumos y servicios excluidos del POS, para evitar costos a la E.P.S..

2.10. Refiere la petente que, como consecuencia de las afectaciones de salud que padece, su hija se encuentra en situación de discapacidad; no controla esfínteres; y requiere la ayuda permanente de un tercero para vestirse, alimentarse y asearse. A ello agrega que se vio compelida a renunciar a su trabajo para dedicarse al cuidado de la niña, circunstancia que le ha afectado emocional y económicamente, toda vez que no puede contribuir a la manutención de su núcleo familiar, integrado por su esposo, sus dos hijas menores y su madre, quien cuenta con 86 años de edad y requiere cuidado especial. Por ello, el sostenimiento de su familia depende exclusivamente del ingreso económico de su cónyuge, el cual resulta insuficiente para adquirir los insumos y servicios requeridos.

3. Pretensiones

La demandante pretende que por medio de la acción de tutela sean amparados los derechos fundamentales de Stefannia Sánchez Medrano, a la vida digna, a la salud, y los derechos de los niños y, en consecuencia, se ordene a la E.P.S. Sanitas S.A., autorizar el suministro de férulas OTP (Ortesis de tobillo y pie) dinámicas par No. L, y demás aditamentos ortésicos; pañales desechables; coche o silla de ruedas; caminador; la continuación de las terapias físicas, de lenguaje y ocupacional de cuarenta sesiones mensuales cada una; la realización de la valoración integral de las condiciones médicas con un grupo interdisciplinario; el servicio de una enfermera domiciliaria 24 horas; la exoneración de la cancelación de los copagos o cuotas moderadoras, y en general, brindar la atención integral necesaria.

4. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

- Poder para actuar conferido por Ella Judith Medrano Escandón (folio 17 del cuaderno 2).
- Copia del registro civil de nacimiento de la menor Stefannia Sánchez Medrano (folio 20 del cuaderno 2).
- Copia de la epicrisis de la menor, emitida en la Clínica Materno Infantil San Luis, por un médico tratante especialista en pediatría, en la que consta que padeció un enfisema

subcutáneo traumático y perforación del esófago el 30 de enero de 2012 (folio 38 a 44 del cuaderno 2).

- Copia del examen realizado el 16 de enero de 2013 por un médico oftalmólogo, en que consta que la menor padece de catarata congénita y endotropia concomitante adquirida (folio 45 al 33 del cuaderno 2).

- Copia del resumen de la historia clínica, de fecha 1º de agosto de 2013, emitida por un ortopedista traumatólogo, adscrito a la Clínica Omimed, en la que consta que la menor es una paciente con síndrome de Down, que recibió tratamiento con corrección quirúrgica luxación de rótulas y que sufrió un paro cardiorespiratorio a los dos años y medio de edad (folios 56 y 57 del cuaderno 2).

- Copia de la recomendación médica, emitida por una terapeuta física, en la que indica que se hace necesaria ayuda ortésica con el fin de entrenar una marcha efectiva y funcional, además de prevenir futuras deformidades (folio 73 del cuaderno 2).

- Copia de la evaluación terapéutica, de fecha 2 de septiembre de 2013, emitida por una fisioterapeuta adscrita al Centro de Atención a la Familia y al Niño, Creciendo, en la que se expresa "Stefannia requiere un tratamiento integral en las áreas de terapia física, ocupacional y del lenguaje con énfasis en un manejo interdisciplinario con el objetivo de mejorar su calidad de vida. Requiere aditamentos ortésicos para realizar tratamiento y manejo en la intervención terapéutica y en casa: inmovilizadores para MMSS izquierdo; inmovilizadores para MMII a nivel de rodilla; férulas posteriores en polipropileno para evitar deformidad y para mejorar apoyo y alineamiento de MMII para llevarla a bipedestación; bipedestador; silla o coche adecuados a su discapacidad, la niña es muy pesada y ya es imposible que la madre la transporte cargada. Adicionalmente sería conveniente hidroterapia y manejo por educación especial como ayudas educativas para su desenvolvimiento social y académico".

5. Respuesta de la entidad accionada

5.1. E.P.S. Sanitas S.A.

En primera medida, sostiene que no existe soporte científico alguno que justifique la

utilización de férulas, pañales desechables, silla de ruedas; ni la autorización de las terapias y del servicio de enfermería permanente. Por ende, indica que los mismos se suministrarán en el momento en que se presente la respectiva prescripción proferida por el galeno tratante y de acuerdo con los contenidos del POS.

Asimismo, asevera que el único servicio solicitado ha sido una cita por ortopedia, la cual se cubrió.

En lo que atañe concretamente al servicio de enfermería, sostuvo que la menor requiere de un cuidador encargado de apoyarla en sus cuidados básicos, labores que corresponden exclusivamente a los familiares, por ser los primeros obligados, según la Constitución Política y las normas civiles.

Por último, destaca que el programa de hospitalización domiciliaria proporciona el servicio de enfermería en situaciones en que la paciente requiera la administración de líquidos o medicamentos endovenosos, inicio de soporte nutricional especial, y en los primeros días de entrenamiento a la familia, circunstancias que no se configuran en el presente asunto.

5.2. Centro Médico IPS Sinapsis

En atención a que el auto proferido por el a quo el 16 de septiembre de 2013 solicitó a dos de los médicos tratantes de la menor, pronunciarse, según su especialidad, respecto a las pretensiones de la actora, el neurólogo infantil adscrito a la I.P.S. Sinapsis emitió concepto médico mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2013.

De manera previa a la descripción de sus recomendaciones, se pronunció acerca de las patologías padecidas por la niña y los procedimientos a los que ha sido sometida desde su nacimiento, a saber: cataratas congénitas bilaterales; mediastinitis con hospitalización presentando paro cardiorrespiratorio que requirió reanimación por cinco minutos; luxación rotuliana bilateral tratada mediante cirugía correctiva y terapias tendientes a la recuperación de la sedestación y el lenguaje, lo cual aún no ha sido posible.

Posteriormente, manifiesta que es necesaria la continuidad de las terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje para una adecuada rehabilitación.

Concluye expresando que la prescripción de los demás requerimientos, tales como férulas y

ayudas técnicas, corresponde a médicos de otras especialidades, como fisioterapia, ortopedia y pediatría.

5.3. Ricardo Guzmán Vargas

En respuesta a la solicitud realizada el 16 de septiembre de 2013 por el juez de primera instancia, el ortopedista traumatólogo tratante de la menor indicó que las férulas OTP dinámicas y la fisioterapia son fundamentales en el tratamiento.

De igual manera, sugirió que se realizara valoración por fisioterapia, en aras de determinar la pertinencia de la silla de ruedas, caminador o coche permanente.

Asimismo, recomienda valoración por neurología infantil para determinar la necesidad de las terapias de lenguaje y ocupacional.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 27 de septiembre de 2013, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, concedió parcialmente el amparo pretendido por la señora Ella Judith Medrano Escandón, con fundamento en las razones que a continuación se exponen.

A su juicio, la entidad ha vulnerado las garantías fundamentales de la menor, por cuanto a pesar de existir orden médica frente a las terapias ocupacional, física y de lenguaje, e incluso respecto del suministro de férulas OTP dinámicas, coche o silla adecuada y caminador, a la fecha, no se ha dado efectivo cumplimiento a las mismas.

Afirma que los derechos fundamentales de la menor requieren la inmediata protección e intervención y, además, que las terapias ordenadas, ocupacional, física y de lenguaje, se encuentran incluidas en el POS.

En cuanto al suministro de los pañales desechables, coche o silla de ruedas y al servicio de enfermería permanente, el despacho pronuncia su negativa debido a la ausencia de orden médica o por lo menos la enunciación de la misma en los documentos allegados al escrito

de tutela.

Frente a ello, sostiene que es la prescripción médica o la mención siquiera de la ausencia total de control de esfínteres y la necesidad de vigilancia y cuidado permanente por una persona que tenga ciertos conocimientos especiales, que impidan que la propia familia del paciente vele por sus cuidados primarios, lo que posibilita conceder unos servicios e insumos que por su naturaleza requieren de justificación científica.

Aduce que la historia clínica allegada en nada se pronuncia frente a los pañales desechables y al servicio de enfermería, ni tampoco permite establecer con certeza la ausencia de control de esfínteres o la necesidad de suministrar líquidos o atenciones especiales que no puedan realizar sus familiares. Por ende, al no contarse con el criterio del médico tratante para establecer cuáles son los servicios de salud que requiere la paciente, la manera como deben ser suministrados, el tiempo de duración de los mismos y la fundamentación científica que permite dar aval a su prescripción, el a quo se abstiene de ordenarlos.

En cuanto a la atención integral, el despacho encuentra viable la solicitud, pues dada la gravedad de la patología, es necesario brindar una atención a tiempo y garantizar su continuidad en la prestación de los servicios requeridos.

Con miras a garantizar la continuidad del servicio de salud, la autoridad judicial ordenó la atención integral, de modo que la paciente no se ponga en situación de tener que acudir a nuevas solicitudes para obtener tratamientos necesarios.

En lo concerniente a la exoneración de copagos y/o cuotas moderadoras, el despacho accedió a la solicitud impetrada, con fundamento en la difícil situación económica por la que atraviesa el núcleo familiar, ya que la actora manifiesta haber tenido que dejar de laborar para atender el padecimiento de su pequeña, y contar únicamente con el ingreso económico de su cónyuge, el cual no fue desvirtuado por la E.P.S. Sanitas y con el que deben suplirse todas las necesidades requeridas por los miembros de la familia, conformada por sus dos hijas, su esposo y su madre perteneciente a la tercera edad.

En tal virtud, el a quo ordenó a Sanitas E.P.S. autorizar, realizar y entregar todo lo necesario para la materialización de la orden expedida por los médicos tratantes y la fisioterapeuta, consistente en el suministro del servicio de terapias ocupacionales, físicas y de lenguaje, así

como el suministro de las férulas OTP dinámicas, el coche o silla adecuada y caminador, todo ello por el término y la cantidad que el galeno tratante prescriba, para lo cual deberá coordinar en asocio de las IPS con las que tenga suscrito contrato en la actualidad, esté o no incluido en el POS. Además, resolvió exonerar de la cancelación de cuotas moderadoras y copagos.

Asimismo, ordenó brindar atención integral a la menor, proporcionándole los exámenes, procedimientos, intervenciones, medicamentos e insumos y, en general, todo cuanto sea prescrito por el médico tratante encaminado a brindar una atención acorde con sus múltiples diagnósticos de síndrome de Down y luxación de rótulas, incluso el suministro de pañales desechables y el servicio de enfermería, siempre y cuando se presente la respectiva orden.

No obstante lo anterior, negó el suministro de pañales desechables y el servicio de enfermería domiciliaria por las razones esgrimidas.

2. Impugnación

2.1. E.P.S. Sanitas S.A.

La subgerente regional de Bucaramanga de la E.P.S. Sanitas presentó escrito de impugnación el 4 de octubre de 2013, en el que solicitó revocar la totalidad de la decisión, o en su defecto, aclarar la parte resolutoria del fallo, en el entendido que la prestación de servicios procede siempre y cuando medie orden médica del galeno adscrito a la entidad.

De igual modo, solicita se ordene al Fosyga que reintegre a la E.P.S. accionada, en un término perentorio, el 100% de los servicios excluidos del POS que en cumplimiento de lo ordenado se suministren a la menor.

Lo anterior por cuanto no existe orden médica conocida por la E.P.S. relativa al servicio de enfermería permanente, a la realización de terapias ni al suministro de férulas, pañales desechables ni silla de ruedas, es decir, no hay soporte médico que justifique su utilización.

Reiteró lo manifestado en el escrito de contestación de la tutela atinente a la necesidad de un cuidador, el cual debe ser un miembro de la familia; al programa de hospitalización

domiciliaria; a los requisitos que deben cumplirse para el suministro de los pañales desechables y de la silla de ruedas, toda vez que se encuentran excluidos del POS.

Frente a la orden de brindar tratamiento integral, indica que no es procedente, toda vez que la E.P.S. Sanitas en ningún momento ha realizado actuaciones que permitan inferir que tiene intención de no brindar la atención requerida por la paciente, y por el contrario, en todo momento ha suministrado los servicios de manera oportuna y eficaz.

Así las cosas, considera que de ordenarse un tratamiento integral se estaría protegiendo hechos futuros e inciertos, por cuanto se trata de exámenes, medicamentos o tratamientos que el usuario no ha requerido, o que no han sido ordenados por su médico, o su capacidad económica ha variado.

En lo que concierne a la exoneración de los copagos y/o cuotas moderadoras, considera que no se encuentra acreditado el requisito correspondiente a la incapacidad económica del grupo familiar del paciente para su cubrimiento, ni tampoco se evidencia que la cantidad de cuotas moderadoras y copagos que se debe asumir desborde dicha capacidad.

Por otra parte, sostiene que la E.P.S. Sanitas cubrirá los servicios que requiera la menor con ocasión de su enfermedad, conforme con lo ordenado por el médico tratante y con los contenidos del POS.

Finalmente, asevera que en el evento en que el despacho considere que pese a lo anterior, esta entidad debe suministrar los insumos excluidos del POS, se ordene que sobre la cobertura de los mismos se puede acudir al Fosyga para obtener el 100% del reembolso de los valores.

2.2. Apoderada de la accionante

Mediante escrito de 8 de octubre de 2013, la apoderada de la demandante presenta impugnación parcial al fallo de tutela, con relación al ordinal tercero, en el que se negó el suministro de pañales desechables y el servicio de enfermería domiciliaria las 24 horas.

La peticionaria solicitó se ordenara una valoración integral con un grupo interdisciplinario y se remitiera a la menor a medicina legal, con el fin de obtener un dictamen que brinde mayor claridad sobre sus condiciones médicas actuales. Sin embargo, no fueron ordenadas,

razón por la cual estima que se está vulnerando el derecho al diagnóstico.

Si bien, la juez ofició al neurólogo-pediatra tratante para que conceptuara sobre las pretensiones de la actora acerca de la necesidad de suministrar los pañales desechables y el servicio de enfermería, dicho galeno se limitó a enviar copia de la historia clínica, la cual había sido aportada como prueba por la accionante, omitiendo el concepto sobre las necesidades expuestas.

Advierte que en reiterada jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia T-023 de 2013, la Corte Constitucional ha sostenido que, en tratándose del suministro de pañales desechables, no es dable exigir someterse a exámenes diagnósticos para determinar la necesidad de ordenarlos.

En relación con el servicio de enfermería 24 horas, indica que el tribunal constitucional ha manifestado que pese a que es necesaria la orden del médico tratante para apoyar la labor de cuidado de la persona que por sus condiciones no puede valerse por sí misma para satisfacer sus necesidades básicas, el usuario tiene derecho a acceder a los exámenes diagnósticos indispensables para determinar si el servicio de salud solicitado, debe ser autorizado o no.

Por otra parte, expresa que la actora se ha visto obligada a abandonar su trabajo para dedicarse exclusivamente al cuidado de su hija, lo cual ha afectado gravemente la situación económica del hogar. Aunado a ello, sostiene que no cuenta con un pariente idóneo que brinde apoyo integral a la menor, pues aparte de su esposo, encargado de generar el único ingreso económico para el sostenimiento de la familia, tan solo cuenta con una hija de 12 años de edad y con su madre de 86 años de edad, quienes no tienen la capacidad física para asumir el cuidado de Stefannia Sánchez Medrano.

Así las cosas, y en virtud del principio de solidaridad, estima que es una situación especial que afecta el mínimo vital del núcleo familiar, por lo cual el sistema de salud debe asumir la prestación del servicio.

Expresa que el 7 de octubre de 2013 requirió cita con el neurólogo-pediatra tratante, insistiendo nuevamente en la realización de un diagnóstico completo acerca de las condiciones médicas de la niña, en el sentido que no controla esfínteres y que requiere del

cuidado especial de una enfermera, ya que no puede sostenerse, alimentarse, ni vestirse por sí sola. Frente a ello, el galeno guardó silencio.

Por consiguiente, la madre se vio en la necesidad de conseguir dinero prestado con sus amigos y familiares, para costear la cita con un médico internista particular, el cual la examinó de manera integral y dictaminó la conveniencia de una valoración neurológica y psicológica, entre otras, como el hecho de brindarle apoyo no solo a nivel institucional sino también domiciliario, teniendo en cuenta las limitaciones económicas de la familia y la necesidad de laborar que tienen los padres para lograr subsistir, como también el hecho notorio de que la menor no controla esfínteres.

En ese orden de ideas, y dado que no fue ordenado por no estar inserto en la historia clínica, solicita se tenga en cuenta el dictamen del médico particular, el cual aporta.

Subsidiariamente, solicita se ampare el derecho al diagnóstico, ordenando al neurólogo - pediatra tratante se pronuncie expresamente sobre la necesidad de los pañales desechables y el servicio de enfermería, concepto que no aportó en primera instancia, a pesar de haber sido ordenado por el a quo. Asimismo, solicita se ordene a la E.P.S. realizar un diagnóstico integral con un grupo interdisciplinario.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el 12 de noviembre de 2013, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga, desestimó las razones de la alzada y confirmó el fallo de primera instancia, con fundamento en las siguientes razones.

Frente a la silla de ruedas, indica que han sido claros los diferentes especialistas que han valorado a la niña, a saber, el ortopedista, el traumatólogo y la fisioterapeuta, según los cuales, para complementar el tratamiento de las terapias se requieren elementos, tales como, férulas OTP dinámicas, silla o coche adecuados y caminador.

En cuanto a los pañales desechables y al servicio de enfermería, decidió atenerse a lo resuelto por el a quo, en tanto dichos servicios fueron negados.

Respecto al tratamiento integral, el ad quem considera procedente la solicitud, con el fin de evitar que la interesada tenga que acudir de manera reiterada a similares acciones

constitucionales en procura de obtener una atención médica oportuna.

En lo que atañe con la autorización de recobro ante el Fosyga de los valores que debe asumir la E.P.S. para atender los gastos derivados del suministro de los medicamentos o tratamientos excluidos del POS, estima que si bien a dichas entidades les asiste el derecho de obtener el recobro, no es necesario que la facultad quede plasmada expresamente en la sentencia de tutela, en la medida en que basta con que se acredite que no está en la obligación de asumir el costo para que proceda el recobro y no es dable que el Fosyga lo niegue por el simple hecho de no estar reconocido de manera literal en la parte resolutive del correspondiente fallo.

Respecto a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, manifiesta que es evidente la precariedad económica en la que se encuentra el núcleo familiar, pues la demandante se vio compelida a renunciar a su trabajo para atender el padecimiento de su hija discapacitada, por ende, únicamente se cuenta con el ingreso de su cónyuge para suplir todas las necesidades, circunstancias que no fueron desvirtuadas en manera alguna por la EPS.

En lo relacionado con la negativa de los pañales y el servicio de enfermería domiciliaria por 24 horas, confirma lo decidido, toda vez que, por regla general, es el médico adscrito a la EPS quien puede prescribir un servicio o procedimiento de salud, con el fin de tratar las enfermedades que padezca alguno de sus afiliados.

Igualmente, indica que pese a lo anterior, la prescripción presentada por un paciente y ordenada por un galeno no vinculado a la E.P.S. a la que se encuentra afiliado, no debe ser rechazada de manera instantánea bajo el argumento de que dicho profesional no pertenece a la E.P.S., puesto que puede resultar vinculante para la E.P.S..

Destaca que para que proceda la anterior excepción, se debe contar con una razón suficientemente motivada que permita justificar el hecho de no haber acudido a la red de servicios de la entidad y a los profesionales adscritos a esta.

Así, en la circunstancia de que exista un diagnóstico de un médico particular, no adscrito a la E.P.S., le corresponde a esta, determinar, conforme con las valoraciones del estado actual de salud y a los exámenes médicos y científicos pertinentes, la necesidad o no de la

práctica del procedimiento prescrito por el galeno particular y no descartarla de manera inmediata.

Por consiguiente, confirma la sentencia, aclarando que, en el evento de que si en forma previa se da la valoración de un médico adscrito a la red de servicios de la E.P.S. Sanitas y se estima la necesidad de los servicios denegados por el a quo, estos deberán ser autorizados por la accionada en razón de la atención integral que fuese concedida.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida por el juez de segunda instancia, dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo ordenado por el Auto de 15 de mayo de 2014, proferido por la Sala de Selección número Cinco.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Carta establece que toda persona tendrá derecho a acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Precepto que es desarrollado por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone que:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en

condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por la señora Katiuska Gutiérrez Pinzón, apoderada de la señora Ella Judith Medrano Escandón, madre de la menor de edad, Stefannia Sánchez Medrano, razón por la que se encuentra legitimada para actuar en esta causa.

2.2. Legitimación pasiva

La E.P.S. Sanitas S.A., y el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, demandadas, se encuentran legitimadas en la causa como parte pasiva, en la medida en que se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda. Por tratarse de una entidad de carácter privado encargada de la prestación del servicio público de salud y de una entidad de naturaleza pública, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 42 y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, esta acción es procedente en su contra.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar, si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y los derechos de los niños, de Stefannia Sánchez Medrano, quien se encuentra en condición de discapacidad, al negarse a autorizar y entregar los insumos y servicios médicos que requiere, bajo el argumento de no existir prescripción médica y encontrarse excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Antes de abordar el caso concreto, se realizará un análisis jurisprudencial de temas como: (i) El derecho fundamental a la salud de los niños y niñas con discapacidad; (ii) la autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud y el derecho al diagnóstico; (iii) el suministro de pañales desechables sin prescripción médica y; iv) el servicio de enfermería domiciliaria. Reiteración jurisprudencial.

4. El derecho fundamental a la salud de los niños y de las niñas con discapacidad. Reiteración de jurisprudencia.

De conformidad con el artículo 44 Superior y con la normativa internacional, esta Corporación, en diversos pronunciamientos, ha reiterado el carácter prevalente y fundamental de todos los derechos de los niños y el cuidado integral que tanto el Estado, la familia y sociedad les debe dispensar.

En lo concerniente al derecho a la salud, la Corte ha sostenido que dicha garantía se vulnera cuando el servicio requerido con necesidad es negado a una niña o a un niño. Por obvias razones, principalmente, por tratarse de personas que por su edad se encuentran en un estado de vulnerabilidad permanente, la mentada protección se refuerza más en el evento en que el menor padezca algún tipo de discapacidad, toda vez que, en consonancia con el artículo 13 de la Carta, es deber del Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En atención a la protección reforzada en salud de la que son acreedores, las entidades prestadoras de salud se encuentran en la obligación de brindar la atención especializada que los niños y niñas requieran y los servicios ordenados por los médicos tratantes, no siendo de recibo una justificación de su negativa, la circunstancia de que se encuentran excluidos del POS.

De acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia T-862 de 2007[1] “el Estado debe asegurar que a los discapacitados, se les brinde la totalidad del tratamiento previsto para su enfermedad”. Asimismo, en la sentencia T-408 de 2011[2], esta Corporación reiteró que “a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejoren 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”.

5. La autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud y el derecho al diagnóstico

En aras de propender hacia la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en salud, y teniendo en cuenta el carácter limitado de sus recursos, la Corte Constitucional ha considerado admisible la exclusión de ciertos servicios, procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio en Salud.

En tal virtud, por regla general, frente a un evento en el que una persona requiera de un servicio, procedimiento o medicamento que no esté incluido en el POS, debe obtenerlo por su propia cuenta y asumir su costo.

Pese a ello, debido a que en ciertos casos la aplicación absoluta de las limitaciones del POS puede resultar lesiva de garantías fundamentales, esta Corporación ha inaplicado la anterior regla que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar su suministro cuando el mismo es indispensable para evitar el deterioro físico o mental y la vulneración de la dignidad de una persona que no cuenta con capacidad económica para costearlo, pues ello implicaría dar primacía a una obligación de carácter económico sobre un derecho fundamental, a través de una norma legal o administrativa.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional, con el propósito de evitar que se incurra en tales situaciones, ha establecido una serie de condiciones sine qua non para asegurar, por medio de la acción tuitiva, la protección de la garantía a la salud y prevenir que los recursos del sistema sean indebidamente asignados. Dichos requisitos son:

“(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;

(iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo” [3].

Por consiguiente, cuando quiera que la persona solicite, por vía de tutela, la autorización de

un servicio, procedimiento, insumo, tratamiento o medicamento excluido del POS y se configuren las anteriores condiciones, es deber de la Entidad Prestadora de Salud suministrarlo, independientemente de que el financiamiento del mismo recaiga en ella, o no, evento último en el que estará habilitada para recobrar lo correspondiente al Fosyga o a la entidad territorial correspondiente.

Por otra parte, resulta pertinente indicar que en los eventos en los que no exista prescripción médica, y que del análisis de los elementos de juicio existentes en el proceso no sea evidente con suficiente certeza la necesidad del insumo, servicio o medicamento pretendido en sede de tutela, pero se observe una actuación poco diligente de la E.P.S., la Corte Constitucional ha considerado que se desconoce el derecho al diagnóstico, es decir, la garantía con que cuenta el usuario de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”[4].

Así las cosas, frente a dichos eventos, aun cuando el juez de tutela no tiene la obligación de ordenar el suministro del insumo, procedimiento o medicamento, sí debe requerir a la entidad demandada para que determine, dentro de los parámetros y criterios médicos posibles, la enfermedad que padece el usuario y el tratamiento, medicación y manejo idóneo para contrarrestarla.

Al respecto, resulta pertinente recordar que “(...) el derecho al examen diagnóstico está orientado a garantizar los siguientes objetivos: (i) Establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”, (iii) poder iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida, según la enfermedad sufrida”[5].

De lo anterior se infiere que, con miras a determinar la necesidad o no de un servicio, las causas de una enfermedad, o poder diagnosticar la situación de un paciente, toda persona

tiene derecho a que le sean practicados de forma expedita y completa las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para conocer su estado de salud.

Justamente en este punto juega un papel de enorme importancia lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, acerca de la importancia del derecho al diagnóstico:

De igual modo, en sentencia T-047 de 2010[6], el máximo órgano de la jurisdicción constitucional sostuvo que el mentado derecho incluye tres aspectos relevantes:

“i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles”.

6. El Suministro de pañales sin prescripción médica

Si bien, en principio, la regla de diagnóstico es aplicable para el acceso a cualquier servicio de salud sobre el que no haya orden del médico tratante, existen algunas excepciones.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional estima que, debido a que ciertas personas dentro del Sistema de Salud sufren de especialísimas condiciones de vulnerabilidad física o mental, existen algunos criterios de reconocimiento, que actualmente se encuentran recogidos en la línea de protección de acceso de los usuarios del Sistema al suministro de pañales desechables, a saber: (i) que se trate de un individuo que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro); (ii) que dependa totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas y; (iii) que no tenga la capacidad económica, ni su familia, para sufragar el costo del servicio requerido y solicitado a la E.P.S.[7].

Las personas que se encuentran frente alguno de los anteriores eventos, requieren servicios médicos encaminados a garantizar una vida digna, y no a mejorar su salud, dado que la gravedad de las patologías que padecen afectan negativamente la probabilidad de

recuperación. Los servicios asistenciales facilitan a las familias la labor de cuidado, y cuando ellas no cuentan con recursos económicos para asumir su costo, en virtud del principio de solidaridad, el Estado debe proveer lo necesario para que haya continuidad en su labor y no se afecten las condiciones del paciente.

Colofón de lo adverado es que procede el suministro de pañales sin orden del médico tratante respecto de una persona que cumpla las condiciones de grave enfermedad, dependencia y falta de recursos, por cuanto no es de recibo, a la luz del Texto Superior, exigir someterse a exámenes diagnósticos para determinar la necesidad de ordenar un servicio, que por sus condiciones de salud, requiere. Y mucho menos, pedirle que cada cierto tiempo se acerque el paciente o su familia, a la E.P.S. por una nueva orden de servicios, tal como lo señaló la sentencia T-023 de 2013[8].

7. El servicio de enfermería domiciliaria. Reiteración jurisprudencial

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la negativa de un servicio de salud imprescindible para el bienestar del paciente, aun cuando no se trate del suministro de un medicamento o de un insumo específico, viola el derecho a la salud.

Un ejemplo de dicha circunstancia lo configura, indudablemente, la negativa de la atención domiciliaria por enfermería, cuando esta resulta necesaria para el mantenimiento de la vida digna y la salud del paciente.

En los eventos en que se solicita la atención en comento, es frecuente la presencia de un problema adicional, bien sea la ausencia de una orden médica, o la ausencia de una definición lo suficientemente precisa del servicio, para facilitar su exigencia o su adecuada prestación. Dichas circunstancias suelen ser el fundamento de las E.P.S. para negar el servicio o prestarlo inadecuadamente, aun en tratándose de cuidados elementales y de indiscutible importancia para la preservación de la dignidad del paciente.

Al respecto, es de tener en cuenta que esta Corporación, en sentencia T-594 de 2013[9], señaló: “Debe el juez tomar en cuenta, además, que el carácter cualitativo de una recomendación como “cuidados de enfermería” no debe ser el fundamento para una prestación inadecuada, ineficiente, discontinua, o de baja calidad de los servicios requeridos por cada peticionario”.

En efecto, el Tribunal Constitucional, frente a este tipo de trámites, ha optado por i) conceder directamente la prestación, si las circunstancias del caso demuestran que es imprescindible para asegurar la eficacia de la dignidad humana; o bien, ii) ordenar la valoración médica del paciente para que los médicos tratantes, bajo parámetros científicos, y vinculados por las normas éticas y disciplinarias de la profesión, determinen y precisen la necesidad de un servicio y la forma en que debe prestarse[10].

De igual manera, también se debe considerar la incapacidad económica del afectado, en virtud del principio constitucional de solidaridad.

En ese orden de ideas, es viable concluir que aunque no exista orden médica en la que se prescriba el servicio de enfermería y, dado que la E.P.S. accionada tiene el deber de prestar los servicios que el paciente requiera, la Corte ha ordenado a las entidades que se valore la condición del demandante, en aras de determinar si necesita el servicio de enfermería, tal y como lo solicita mediante la acción de amparo.

Con los parámetros indicados procede la Sala a estudiar el caso concreto.

8. Caso concreto

Como quedó expuesto, la menor Stefannia Sánchez Medrano, quien actualmente cuenta con 5 años de edad, padece de síndrome de Down, ha sido intervenida quirúrgicamente en múltiples ocasiones y presenta retraso en el desarrollo psicomotor, patología debido a la cual no camina, su lenguaje se limita a la expresión de monosílabos y padece de hemiparesia izquierda y alteraciones cognitivas.

En virtud del cuadro clínico descrito, la terapeuta física adscrita a la I.P.S. Rehabilitemos Ltda., advirtió la necesidad de ayuda ortésica con el fin de entrenar una marcha efectiva y funcional, en tanto que la fisioterapeuta adscrita a la institución Creciendo Ltda., expresó que “requiere aditamentos ortésicos para realizar tratamiento y manejo en la intervención terapéutica y en casa: inmovilizadores para MMSS Izquierdo, inmovilizadores a nivel de rodilla, férulas posteriores en polipropileno para evitar deformidad y para mejorar apoyo y alineamiento de MMII para llevarla a bipedestación; bipedestador; silla o coche adecuados a su discapacidad, la niña es muy pesada y ya es imposible que la madre la transporte cargada; y adicionalmente sería conveniente hidroterapia y manejo por educación especial

como ayudas educativas para su desenvolvimiento social y académico”.

No obstante lo anterior, el ortopedista tratante se rehusó a autorizar los insumos recomendados, al considerar que eran inútiles en las condiciones en que se encuentra la niña.

Por consiguiente, la demandante acudió ante otro ortopedista adscrito a la E.P.S. accionada, quien ordenó férulas OTP (órtesis de tobillo y pie) dinámicas par No. L (según orden). Sin embargo, la E.P.S. accionada negó su entrega.

Pese a los múltiples requerimientos, la entidad no ha realizado la valoración integral a la menor, carga económica que no puede ser asumida por sus progenitores, toda vez que las condiciones económicas de su familia son precarias.

Con ocasión de las múltiples afecciones graves que padece la niña, las circunstancias de encontrarse en situación de discapacidad, no controlar esfínteres, requerir ayuda permanente para vestirse, alimentarse y asearse y, ante la falta de capacidad económica de la familia, la señora Ella Judith Medrano Escandón, acude a la acción de tutela para solicitar la protección de las garantías constitucionales a la salud, a la vida digna y los derechos de los niños de su hija, las cuales considera vulneradas por la E.P.S. Sanitas S.A. y el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, por negar el suministro de férulas OTP (Ortesis de tobillo y pie) dinámicas par No. L, y demás aditamentos ortésicos; pañales desechables; coche o silla de ruedas; caminador; la continuación de las terapias físicas, de lenguaje y ocupacional de cuarenta sesiones mensuales cada una; la realización de la valoración integral de las condiciones médicas con un grupo interdisciplinario; el servicio de enfermería domiciliaria 24 horas; la exoneración de la cancelación de los copagos o cuotas moderadoras, y en general, la atención integral necesaria. Destaca, además, que se vio compelida a renunciar a su trabajo para atender exclusivamente a Stefannia; que su núcleo familiar se encuentra integrado por su cónyuge, otra hija menor de edad y su madre de 86 años de edad; que los ingresos mínimos para satisfacer las necesidades básicas de su familia, los cuales son insuficientes, se derivan de la actividad económica de su cónyuge y que debido a la condición actual de salud de la menor y a que debe retomar sus actividades laborales, requiere con urgencia el servicio de enfermería.

La representante de la E.P.S. demandada pidió declarar improcedente el mecanismo de

amparo, pues a su juicio, no se le están vulnerando los derechos fundamentales a la niña, en razón a que en el expediente no obra orden médica para el suministro de férulas, pañales desechables, silla de ruedas, ni la autorización de las terapias y del servicio de enfermería permanente, los cuales se suministrarán al momento de la presentación de la respectiva prescripción proferida por el galeno tratante y de acuerdo con los contenidos del POS. Refiere a su vez, que le fue autorizada cita por ortopedia en una oportunidad anterior.

Respecto de la solicitud del servicio de enfermería, sostuvo que la niña requiere de un cuidador encargado de apoyarla en sus cuidados básicos, labores que corresponden a sus familiares.

Por otra parte, el neurólogo tratante indicó que es necesaria la continuidad de las terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje para una adecuada rehabilitación, en tanto que el ortopedista traumatólogo tratante, expresó que las férulas OTP dinámicas y la fisioterapia son fundamentales en el tratamiento de la paciente y sugirió valoración por fisiatría para determinar la pertinencia de la silla de ruedas, caminador o coche permanente.

El juzgado de primera instancia concedió parcialmente la petición impetrada por la señora Medrano Escandón al ordenar (i) que se autorice y entregue todo lo necesario para la materialización de la orden expedida por los médicos tratantes de la menor y su fisioterapeuta, consistente en el suministro del servicio de terapias ocupacionales, físicas y de lenguaje, así como el de las férulas OTP dinámicas, el coche o silla adecuada y caminador, todo ello por el término y la cantidad que el galeno tratante prescriba; la exoneración de la cancelación de cuotas moderadoras y copagos; (ii) brindar tratamiento integral acorde con sus múltiples diagnósticos, inclusive el suministro de pañales desechables y el servicio de enfermería, siempre y cuando se allegue la respectiva prescripción del médico tratante; y (iii) negar el suministro de pañales desechables y el servicio de enfermería debido a la ausencia de orden médica o por lo menos la enunciación de la misma en los documentos allegados o la mención siquiera de la ausencia total de control de esfínteres y la necesidad de vigilancia y cuidado permanente de una persona que tenga ciertos conocimientos especiales.

Esta decisión fue posteriormente confirmada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de

Bucaramanga, bajo los mismos argumentos expuestos por el a quo.

El juez de segunda instancia agregó que en el evento en que de la valoración de un médico adscrito a la E.P.S. demandada se desprenda la necesidad de los servicios e insumos denegados por el a quo, estos deberán ser autorizados por Sanitas S.A. en virtud de la atención integral concedida.

Bajo esa óptica, observa la sala que la solución del problema jurídico que aquí se plantea se contrae a la necesidad de determinar si la E.P.S. Sanitas S.A. transgredió las garantías fundamentales a la vida digna, a la salud y los derechos de los niños en relación con la menor Stefannia Sánchez Medrano, quien padece síndrome de Down y retraso en el desarrollo psicomotor, al negarle la autorización del suministro de pañales desechables y de atención domiciliaria de enfermería 24 horas, bajo el argumento según el cual, dichos servicios no cuentan con prescripción médica y están excluidos del POS.

Conforme se expuso en las consideraciones precedentes, las Entidades Promotoras de Salud están obligadas a garantizar a sus usuarios el acceso a los servicios de salud que requieran y que se encuentren incluidos en el plan de beneficios. Por tanto, respecto a aquellos servicios excluidos del POS, es el paciente el primer llamado a asumir su costo, y solo en aquellos casos en los que se demuestre que no cuenta con la capacidad económica para tal efecto, procede su autorización por parte de la E.P.S., pudiendo repetir luego contra el Fosyga, para garantizar la efectiva concreción del derecho fundamental a la salud.

La jurisprudencia constitucional ha estimado que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un servicio de salud, pero no el exclusivo. Así, aun cuando la orden del médico tratante constituye el fundamento sobre el cual se apoya el criterio de necesidad de un determinado servicio y cuando existe, es deber de la entidad responsable suministrarlo, esté o no incluido en el POS, también lo es que por el solo hecho de la ausencia de tal prescripción no se le puede negar, de plano, el acceso al mismo, pues es deber de la E.P.S. valorar las condiciones del paciente, en aras de determinar si un servicio solicitado en estas condiciones debe ser autorizado o no.

En tal virtud, en casos similares al que en esta oportunidad se revisa, en los que se solicitan insumos, servicios o tratamientos sin orden médica, esta Corporación ha optado por amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico, absteniéndose de

proferir una orden directa de autorización de servicios a cargo de la E.P.S., pero ordenándole a la respectiva entidad que, a través de su red de profesionales, valore las condiciones de salud del paciente, de tal manera que, fundados en su conocimiento científico y en la correspondiente historia clínica, se determine si el servicio solicitado se requiere o no.

En esta oportunidad, encuentra la Sala que la solicitud de suministro de pañales desechables y del servicio de enfermería permanente en beneficio de la menor discapacitada, consistentes en la autorización del suministro de pañales desechables y de atención domiciliar de enfermería, carecen de prescripción médica, bien sea de galeno adscrito a Sanitas E.P.S. o particular. Sin embargo, una vez la entidad accionada conoció de la anterior solicitud, la rechazó sin atender las circunstancias especiales de debilidad que rodean a la menor, -quien, como ya se mencionó, presenta un diagnóstico de síndrome de Down y retraso en el desarrollo psicomotor, debido al cual su lenguaje se limita a la expresión de monosílabos y le es imposible caminar, controlar esfínteres, sostenerse, alimentarse y vestirse por sí sola-, omitiendo realizar la valoración correspondiente a fin de establecer el grado de necesidad y pertinencia para el otorgamiento de dichos servicios.

Ahora bien, en lo que respecta concretamente al suministro de los pañales desechables, cabe indicar que, en el presente caso, es evidente que Stefannia Sánchez Medrano - (i) al padecer de una enfermedad grave, (ii) depender totalmente de un tercero para movilizarse, alimentarse, vestirse y (iii) al carecer, tanto ella como su familia, de los recursos económicos para sufragar el costo de los pañales desechables-, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, se encuentra en especialísimas condiciones de vulnerabilidad física, lo cual permite autorizar el suministro de dichos insumos, pese la ausencia de prescripción médica.

No obstante, esta Sala de Revisión se abstendrá de autorizar su entrega, toda vez que se desconoce las características que estos deben reunir, pues aun cuando en la tutela se indica que la niña no controla esfínteres, no se alude a la talla ni a la cantidad diaria que requiere, por ende, esta Corporación estima que es el especialista en el manejo de la patología que padece la menor quien tiene a cargo determinar de qué forma y bajo qué condiciones de calidad deben ser suministrados.

En ese orden de ideas, como quiera que, en el sub examine es manifiesta la violación de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a los derechos de los niños de Stefannia Sánchez Medrano, se concederá el amparo invocado por la actora. En consecuencia, se ordenará al representante legal de Sanitas E.P.S. o, quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, efectúe una valoración de las condiciones de salud de la menor, a través de su red de especialistas y, conforme con la historia clínica de la representada, de tal manera que se determine si requiere el suministro de pañales desechables y el servicio de enfermería domiciliaria, así como la cantidad y periodicidad de los mismos, debiendo garantizar su adecuado cubrimiento en los términos prescritos por dichos especialistas, de manera continua e integral.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR parcialmente por las razones expuestas en la parte motiva, la sentencia proferida el doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013) por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga que, a su vez, confirmó la dictada el veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013) por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ADICIONAR el fallo de doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013) emitido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga, en el sentido de ordenar a la E.P.S. Sanitas S.A., a través de su representante legal o de quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, practique una valoración médica a la menor Stefannia Sánchez Medrano, la cual deberá estar a cargo de especialistas en el manejo de la patología que padece la paciente, adscritos a la entidad y con base en su historia clínica. Y con fundamento en los resultados de esa valoración esos mismos profesionales deberán determinar si la niña requiere el servicio de una enfermera permanente, el suministro de pañales desechables,

hidroterapia y manejo por educación especial como ayudas educativas para su desenvolvimiento social y académico. La entidad deberá ordenar los servicios, siguiendo las instrucciones de los especialistas con respecto a la calidad y regularidad de los mismos.

TERCERO. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[2] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[3] Véase la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[4] Al respecto, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-274 de 13 de abril de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[5] Ver, entre otras, la sentencia T-359 de 11 de mayo de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[6] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[7] Véase la sentencia T-023 de 25 de enero de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

[8] *Ibíd.*

[9] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[10] Ver, entre otras, las recientes sentencias T-841/12, T-739/11 y T-320/11.