

Sentencia T-719/05

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Elección de tratamiento más adecuado

JUEZ CONSTITUCIONAL-No puede valorar un tratamiento médico

Referencia: expediente: T-1099341

Accionante: Mónica Gómez Rincón

Procedencia: Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., siete (7) de julio de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, doctores Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en el proceso de revisión de la tutela número T-1'099.341, acción promovida por la ciudadana Mónica Gómez Rincón, contra COMPENSAR EPS. Los fallos fueron proferidos por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, el 13 de enero de 2005 y el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, el 28 de febrero de 2005.

### I. LA DEMANDA

#### 1. Hechos

La señora Mónica Gómez Rincón, actúa en representación de su hija María Fernanda Nieto Gómez de 4 años de edad. Afirma la accionante que su hija padece de parálisis general (agiria-paquigiria), enfermedad de carácter irreversible, reflujo gastroesofágico severo, trastorno de migración neuronal, epilepsia, cuadriplejía espástica, neumonía recurrente, incapacidad motora de origen central, incontinencia de esfínteres y trastorno de la deglución.

Debido a la continua permanencia de la niña en la Clínica Fundación Cardio Infantil, la pediatra tratante, doctora Martha Cecilia Leal, envió un oficio a la EPS Compensar, solicitando fuera efectuado tratamiento integral por rehabilitación, neuropediatría, neumología, nutrición y pediatría general en esta Institución, con el fin de hacer un mejor tratamiento y seguimiento total de la paciente.

El 25 de octubre de 2004, se radicó, con el número 032912, la solicitud para que se le iniciara el tratamiento integral en la Fundación Cardio Infantil, solicitud que fue negada el 18 de noviembre de 2004 por Compensar.

En el mes de septiembre del mismo año, le ordenaron dos Órtesis tobillo pie rígido en polipropileno, recubierto en caucho espuma y dos Órtesis branquimetacarpiana en caucho espuma, que igualmente fueron negadas por la EPS compensar.

El 20 de octubre de 2004, el doctor Édgar Salamanca, Cirujano Pediatra de la Fundación Cardio Infantil, ordenó cambio de sonda de gastrostomía, la cual fue negada por la EPS demandada.

Por las anteriores negativas, se radicó un derecho de petición en la EPS Compensar, donde se relacionaron todas las necesidades de la menor, sin que se le haya dado respuesta por parte de la EPS.

Solicita la accionante se le conceda el amparo al derecho a la salud en conexidad con la vida, seguridad social y petición de su menor hija, ordenándole a la EPS Compensar que le brinde a la menor una atención integral, cubriendo el 100% por ciento de los gastos en droga, hospitalización, exámenes especializados, pañales para la incontinencia y prótesis.

Agrega la actora que de los centros en los cuales han atendido a su hija, el Taller Psicomotriz

Crisálida le ha brindado la atención integral que ha requerido la niña, taller en el que ha mejorado notablemente en su desarrollo y enfermedad, pero debido a la situación económica de ella y de su esposo, no le pueden costear la atención en dicho taller. Por lo tanto, solicita se le ordene a la EPS Compensar que autorice la atención integral a la menor María Fernanda Nieto Gómez en el Taller Psicomotriz Crisálida.

## 2. Contestación de la entidad demandada

El 11 de enero de 2005, la EPS Compensar dio respuesta al Juez Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, así:

“1.- La menor se encuentra afiliada a COMPENSAR desde el 9 de octubre de 2000, en calidad de beneficiaria de MONICA GOMEZ RINCÓN.

2.- Desde su vinculación COMPENSAR se le ha AUTORIZADO a la menor todos y cada uno de los servicios de salud por ella requeridos y que se encuentren dentro del PLAN OBLIGATORIOS DE SALUD.

El área de servicios hospitalarios de Compensar manifiesta:

A la menor desde el año 2001 se le han autorizado los servicios solicitados por los médicos tratantes. Se anexa copia de las autorizaciones de autorizaciones.

3.- Por su parte el área de servicios ambulatorios de Compensar Informa:

En relación con el seguimiento realizado al caso de la niña María Fernanda Nieto Gómez, me permito referir lo siguiente:

Usaria conocida por esta área, desde el año 2002, en seguimiento por patología especial, con Diagnóstico: ENFERMEDAD MOTRIZ CEREBRAL SEVERA CON CUADRIPLÉJIA ESPÁSTICA RETARDO GLOBAL DEL DESARROLLO.

Como afiliada beneficiaria del POS, le han autorizado todos los servicios objeto de cobertura del plan, entre los cuales se encuentran las consultas ambulatorias requeridas con médico especialista en pediatría; así como por la subespecialidad de Neuropediatría y fisiatría en el Instituto Roosevelt, se han ordenado los respectivos apoyos diagnósticos y terapéuticos,

entre los cuales se encuentran la valoración y manejo por terapia integral en las IPSs PROPACE y posteriormente y ante solicitud de traslado en IDAFE, se le han realizado los seguimientos de caso (sic) en los se le ha informado a los padres la imposibilidad de cobertura en educación especial y cuidado básico en institución no adscrita a Compensar.

Anexo: soportes de seguimiento y tratamientos de años anteriores a la fecha y copia de respuesta a OYS.

4. Así mismo el área de servicios especiales de Compensar informa:

4.1.- Formato Negación de Servicio 00872 fechado 2004-10-25: Óstesis tobillo pie rígida en polipropileno recubierta en caucho espuma #1 para órtesis braquimetacarpiana recubierta en caucho espuma # 1 par. No cubierto por el POS.

(...)

4.2.- Formato Negación Servicios 00865 fechado 2004-10-21: Cambio sonda de gastrostomía requerido por el Dr. Edgar Salamanca Cirujano Pediátrico de la Fundación Cardio Infantil por antecedente de gastrostomía cirugía antirreflujo. Procedimiento no cubierto por el POS.

El procedimiento requerido no se encuentra dentro de las coberturas expresamente determinadas por la resolución 5261 de 1994, no estando por lo tanto dentro de las coberturas del Plan obligatorio de Salud Artículo 18 de la resolución en mención, razón por la cual no es posible emitir autorización con cargo a los recursos del sistema de salud administrados por COMPENSAR por delegación del Estado cumpliendo con las condiciones legalmente impuestas para ello.

(...)

Con relación al derecho de petición se adjunta copia de las cartas de respuesta dada a las mismas.

En la respuesta de fecha 14 de diciembre de 2004 se le especifica claramente a la hoy accionante que para Compensar EPS no es posible autorizar servicios de salud en una Institución no perteneciente a su red de Inscritos, como lo es CRISÁLIDA.”

### 3. Pruebas

- Copia de la Cédula de Ciudadanía N° 42.097.627 de Pereira a nombre de la señora Mónica Gómez Rincón.
- Copia del carné de afiliación de Compensar a nombre de la accionante, donde figura como beneficiaria María Fernanda Nieto Gómez (hija).
- Copia del dictamen para la determinación de invalidez por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, fecha 12 de julio de 2002, diagnóstico: “La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., certifica que María Fernanda Nieto Gómez presenta un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 60%.

Diagnostico: Cuadriplejía secundaria a Lisenfalia.

Invalidez: SI ES INVALIDA.”

- Certificado de discapacidad de 14 de febrero de 2003, diagnóstico: “Síndrome de Miller Dieker / Licencia Agiria - Paquigiria”, causas del problema: “Hipotonía Generalizada en tto, con t, o, en IDAFE. Actualmente en tto, con control cada mes.”, secuelas. “coordinación, motora.”, porcentaje de incapacidad: “Actualmente imposible definir el porcentaje”.
- El 30 de septiembre de 2004, la pediatra Martha Cecilia Leal de la Fundación Cardio Infantil dirige una carta al Departamento Médico de la EPS Compensar, en donde manifiesta: “María Fernanda es una niña de 3 años 11 meses, que tiene como antecedentes significativos una paquigiria y trastorno de la migración neuronal, diagnosticado a los 13 meses de edad, que ha generado parálisis cerebral con insuficiencia motora de origen central, cuadriparesia espástica, epilepsia sintomática y trastorno de la deglución. Secundario a esto, ha presentado múltiples cuadros respiratorios, (neumonías aspirativas) que han requerido hospitalización e incluso en una oportunidad ventilación mecánica; además desnutrición crónica secundaria en tratamiento y cirugía mecánica; además desnutrición crónica secundaria en tratamiento y cirugía correctiva de Reflujo Gastroesofagico con Gastrostomia permanente. Teniendo en cuenta los antecedentes de María, se considera que es un paciente que requiere tratamiento integral por: rehabilitación neuropediatría, neumología, nutrición y

pediatría general.”

-Solicitud del 4 de octubre de 2004 por parte de la accionante al Departamento Medico de la EPS Compensar; la solicitud dice: “Amablemente me dirijo a ustedes con el fin de solicitar las consultas externas de pediatría y lo que ella dependa para mi hija MARIA FERNANDA NIETO GÓMEZ, en la Fundación Cardioinfantil, debido a que según criterio médico, es más óptimo el tratamiento de hospitalizaciones de la niña, cuando se ha conocido más de cerca la evolución y las enfermedades que ella posee debido a la parálisis cerebral que tiene.

Vale la pena aclarar que el único especialista que debe continuar viéndola es el NEUROPEDIATRA Manuel Benítez de Hierro, por cuanto conoce plenamente el tratamiento a seguir en la parte neurológica de la niña ya que la ha tratado desde hace más de un año.”

- Diagnóstico del 20 de octubre de 2004, emitido por el Dr. Edgar Salamanca G., Cirujano Pediatra de la Fundación Cardio Infantil, que dice: “Antecedentes gastrostomía cirugía antirreflujo.

Requiere cambio de sonda de gastrostomía.

Favor autorizar procedimiento y sonda.”

- Derecho de petición del 21 de octubre de 2004, en donde la accionante detalla a partir del momento que le fue diagnosticada parálisis cerebral a su hija como también las situaciones que han tenido que sortear con ella para obtener la mejor atención en salud buscándole la mejor institución con el fin de que reciba atención integral debido a su parálisis cerebral, a continuación se transcriben apartes de la solicitud: “Pensando en la buena recuperación de la niña, mi esposo y yo decidimos buscar una nueva alternativa para ella que reuniera no sólo las terapias de forma continua y extensa, sino que además de eso la cuidaran y protegieran su salud y su integridad física. En noviembre del 2003, encontramos una muy buena (y creo que única opción) para el cuidado y rehabilitación de la niña. Su nombre es TALLER PSICOMOTRIZ CRISÁLIDA.

Mi esposo y yo nos reunimos con su directora, la doctora ROCIO ACOSTA, quien nos explicó todo sobre la Institución, sus metas y las formas de trabajar con los niños que padecen enfermedades cerebrales. Nos gustaron todos los aspectos del Instituto:

- \* El aseo en sus instalaciones que consideramos fundamental.
- \* Las terapias que les ofrecen a los niños.
- \* La calidez y la alegría que se ven en cada una de las caritas de ellos.
- \* El permitirnos visitar a la niña cuando queramos y eso le da a uno como padre de familia la seguridad que se están haciendo las cosas bien hechas, y esto nunca sucedía en las anteriores instituciones.
- \* Son pocos niños (11) y hay 10 profesionales para ellos atendiéndolos y rehabilitándolos en forma personal, con la intensidad y la frecuencia que indica Glenn Doman, Fisioterapeuta especializado en parálisis cerebral, quien debe ser conocido por ustedes y estamos seguros que esta es una ventaja que definitivamente le sirve a la niña y a cualquier ser humano en su rehabilitación (no es lo mismo tener una terapeuta física 10 o 15 niños que tenerla para uno sólo) y esto quedó plenamente confirmado en Propace y en Idafe.
- \* La jornada de trabajo que se tiene en la Institución: De lunes a Viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.
- \* La alimentaciones completa natural y rica en fibra, que es una de las condiciones para que a la niña se le mejore el sistema digestivo.

Recurrimos nuevamente a ustedes para que nos volvieran a autorizar el cambio, pero la respuesta verbal fue negativa.

Esto no fue impedimento para que la niña ingresara a Crisálida. Haciendo un esfuerzo importante y una reconsideración de gastos, ingresó en enero del 2004 y esta fue la mejor decisión que hemos tomado con la niña.

Durante este año, y pese a las dos hospitalizaciones de la que ha sido objeto la niña, por problemas de reflujo, se ha superado en un ciento por ciento, ya tiene mucho más sostén cefálico, intenta coger objetos, la parte de deglución de ella se ha trabajado con ahínco por parte de la fonoaudióloga y se ha logrado que llegue a tomar en vaso, la parte cognitiva de

ella se ha superado también, en fin... para ser más resumida la historia, ha logrado en 10 meses lo que antes nunca logró en 3 años, como lo puede resaltar el neuropediatra tratante de la niña, Doctor Manuel Benitez del Hierro, quien ha venido tratándose desde agosto del 2003 (...).

Es por esto que recurro a ustedes, porque definitivamente no podemos seguir costeando las terapias de la niña es este fantástico y único Instituto que le ha servido para su rehabilitación, por lo que de manera comedida les solicito que se hagan cargo de sus terapias en esta Institución, ya que es la ÚNICA que existe para el buen desarrollo y rehabilitación de la niña, ya que como lo he relatado a lo largo de esta carta, ella necesita de rehabilitación personalizada (como lo sugiere Glenn Doman expuesto anteriormente) y esto no lo ofrece ningún otro lugar en Bogotá y como madre de la niña busco que ella se desarrolle con el mayor estímulo posible porque me he dado cuenta que teniéndolo sí se desarrolla como debe ser.

De la misma forma solicito a ustedes me autoricen una consulta externa con el doctor CARLOS MEDIAN MALO, neuropediatra y presidente de la liga de la Epilepsia, en quien creemos nos dará un aporte benéfico para la superación de la niña.”

- Negación de servicios de salud del 21 de octubre de 2004, N° 00865, el servicio negado fue: “Sonda de Gastrostomia – solicitado por la fundación Cardio. Dr. Edgar Salamanca.

Justificación: Procedimiento no cubierto por el POS Art. 1, 4, 7, 8 Acuerdo 008 de 1994. Decreto 806 de 1998 Art. 1, 4, 7, 8, 9, 10. Resolución 5261/1994...”

- Negación de salud de servicio de salud del 25 de octubre de 2004, N° 00872, en donde negaron el siguiente servicio: “Ortas tobillo pie rígida en polipropileno recubierto, cuadro espuma o tesis bronquimetacarpiano, recubierta en caucho – espuma solicitado por Fundación Cardio Infantil.

Justificación: Procedimiento no cubierto por el POS Art. 1, 4, 7, 8 Acuerdo 008 de 1994. Decreto 806 de 1998 Art. 1, 4, 7, 8, 9, 10. Resolución 5261/1994...”

- Respuesta de la EPS Compensar del 18 de noviembre de 2004 a la accionante con respecto a la solicitud, el escrito dice: “Con respecto a su comunicación recibida en días pasados en la

cual solicita se autorice controles de consulta externa de pediatría y lo que ella dependa a su hija María Fernanda Nieto en la Fundación Cardio Infantil me permito informarle lo siguiente:

Consecuentemente con el análisis realizado por el área de auditoria médica del resumen de historia clínica, se concluye que su hija puede seguir siendo controlada ambulatoriamente por lo cual es necesario que María Fernanda continúe sendo manejada en la especialidad de neuropediatría con el Dr. Manuel Benitez del Hierro y con el Dr. Raúl Palacios, pediatra, profesionales que le brindarán una adecuada y oportuna calidad en la atención en salud para la patología que presenta su hija.

Reiteramos nuestro deseo de brindarle servicios con calidad y excelencia.”

- Resumen médico de egreso del 20 de abril de 2004 a la Fundación Cardio Infantil de la niña María Fernanda Nieto. Fue admitida por Síndrome Bronco-Obstructivo recurrente agudizado por infección respiratoria baja al parecer de etiología viral.

...SÍNDROME DE DIFICULTAD RESPIRATORIA SEVERO, RIESGO DE FALLA RESPIRATORIA, ENFERMEDAD DE REFLUJO GASTROESOFAGICA SEVERA, NEUMOPATIA ASPIRATIVA, ANTECEDENTES DE INCAPACIDAD MOTORA DE ORIGEN CENTRAL.

Dx DE EGRESO: POSTOPERATORIO SEXTO DIA CIRUGÍA ANTIREFLUJO TÉCNICA BOIX OCHOA MAS GASTROSTOMIA, SÍNDROME BRONCOOBSTRUCTIVO PERSISTENTE SECUNDARIO A ENFERMEDAD DE REFLUJO GASTROESOFÁGICO, ENFERMEDAD DE REFLUJO GASTROESOFÁGICO MANEJADA, TRASTORNO DE MIGRACIÓN NEURANAL, EPILEPSIA FOCAL SINTOMÁTICA CONTROLADA, CUADRIPLASIA ESPÁSTICA, INCAPACIDAD MOTORA DE ORIGEN CENTRAL, NEUMONÍA ASPIRATIVA TRATADA.”

- Informes de la evaluación que se le realizó a la niña María Fernanda en los meses de febrero y junio de 2004, llevados a cabo en el Taller Psicomotriz Crisálida donde se analizó por parte de varios profesionales en el tema las fortalezas y debilidades de la menor como son: motricidad gruesa, fina y a.b.c., habla, lenguaje, audición y comunicación, área de alimentación y por último, desarrollo cognitivo.

- Resumen médico de egreso de la niña María Fernanda Nieto. Su ingreso por Síndrome Bronco - Obstructivo persistente agudizado y complicado con neumonía de la Fundación

Cardio Infantil del 17 de septiembre de 2004.

Dx DE INGRESO: INSUFICIENCIA MOTOR DE ORIGEN CENTRAL, CUADRIPLÉSIA ESPÁSTICA, POSTOPERATORIO DE GASTROSTOMÍA Y CIRUGÍA ANTIREFLUJO, NEUMONÍA ADQUIRIDA EN LA COMUNIDAD, SINUSITIS ETMOIDAL, MAXILAR DERECHA Y OTITIS MEDIA AGUDA DERECHA SUPURATIVA.

- El 21 de septiembre de 2004, la Fisiatra recomienda a la menor María Fernanda Nieto lo siguiente: "Ortesis tobillo pie rígida en polipropileno, recubierta en caucho espuma. # 1 par.

- Ortesis braquimetacarpiana recubierta en caucho - espuma. # 1 par."

- Documento del 24 de noviembre de 2004, dirigido a Compensar EPS donde la accionante afirma que no le ha sido resuelto su derecho de petición del 21 de octubre del mismo año.

- Memorando dando respuesta a la petición de la accionante por parte de la Gerente de Servicios Ambulatorios de Compensar EPS, el 14 de diciembre de 2004, el cual dice: "Con relación a su petición radicada en Compensar EPS en días pasados en la cual solicita la realización de terapias por parte del TALLER PSICOMOTRIZ CRISÁLIDA a su hija MARIA FERNANDA NIETO GOMEZ, en donde se le viene atendiendo según su comunicado como usuaria particular de dicho centro de cuidado, me permito aclararle lo siguiente:

A la menor María Fernanda como afiliada beneficiaria del POS, se le han autorizado todos los servicios objeto de cobertura del plan, entre los cuales se encuentran las consultas ambulatorias requeridas con médico especialista en pediatría con el doctor Raúl Palacio así como por la subespecialidad de Neuropediatría.

De las evaluaciones realizadas, se han ordenado los respectivos apoyos diagnósticos y terapéuticos, entre los cuales se encuentran la valoración y manejo por terapia integral en las IPSs PROPACE e IDAFE.

En cuanto a su petición de remitir a la menor al centro de cuidado CRISÁLIDA, nos permitimos reiterarle que esta Institución no hace parte de nuestra red de prestadores, por lo

tanto, no es posible autorizar servicio alguno en la mencionada institución. Al respecto, la Resolución 05261 de 1994 establece lo siguiente:

“ARTICULO 1. CENTROS DE ATENCIÓN: El Plan de Beneficios del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD se prestará en todos los municipios de la República de Colombia, por todas aquellas instituciones y personas de carácter público, privado o de economía mixta, catalogados y autorizados para desempeñarse como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud I.P.S. El Plan obligatorio de salud responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud se prestará en aquellas I.P.S. con las que cada E.P.S. establezca convenios de prestación de servicios de salud.”

En lo referente a la solicitud de rehabilitación integral para su hija como tratamiento para la enfermedad cerebral motriz que presenta y los respectivos controles médicos incluyendo el manejo por neuropediatría, le informo que se ha autorizado el tratamiento requerido por la menor en la red inscrita a Compensar, para lo cual le recomendamos acercarse a la oficina de autorización de servicios especiales para brindarle la respectiva orientación, así como las autorizaciones a que haya lugar.

Con lo anterior, esperamos haberle brindado una respuesta satisfactoria a su solicitud, y cualquier inquietud con gusto será atendida.”

- Memorando de la Coordinadora de Citas Médicas de Compensar EPS a la accionante del 18 de noviembre de 2004, en el que le informa: “Con respecto a su comunicación recibida en días pasados en la cual solicita se autorice controles de consulta externa de pediatría y lo que ella dependa a su hija María Fernanda Nieto en la Fundación Cardio Infantil me permito informarle lo siguiente:

Consecuentemente con el análisis realizado por el área de auditoria médica del resumen de historia clínica, se concluye que su hija puede seguir siendo controlada ambulatoriamente por lo cual es necesario que María Fernanda continúe siendo manejada en la especialidad de neuropediatría con el Dr. Manuel Benítez del Hierro y con el Dr. Raúl Palacios, pediatra, profesionales que le brindaran una adecuada y oportuna calidad en la atención en salud para la patología que presenta su hija.”

## II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 13 de enero de 2005, el Juez Veintinueve Civil Municipal de Bogotá, negó la acción de tutela interpuesta por la señora Mónica Gómez Rincón en representación de su hija María Fernanda Nieto Gómez interpuesta contra Compensar EPS.

Afirmó el Juez, que con base en el acervo probatorio encontrado en el expediente y con la respuesta realizada por la EPS demandada respecto al derecho de petición presentado por la accionante, la EPS manifestó: “En lo referente a la solicitud de rehabilitación integral para su hija como tratamiento para la enfermedad cerebral matriz que presenta y los respectivos controles médicos incluyendo el manejo por neuropediatría, le informó que se ha autorizado el tratamiento requerido por la menor en la red adscrita a Compensar.

Quiere decir lo anterior que si derecho fundamental alguno se desconoció hoy se encuentra superado, o por lo menos se va a atender por cuenta de la accionada lo que le quita objeto a esta acción pues como la reparación, al momento del fallo ya se dio, no tiene utilidad jurídica el ordenar los trámites con los que se repare la situación generadora de tutela.

Téngase en cuenta que la petición principalísima y de la que deriva la vulneración alegada por la accionante es la atención integral por la parálisis cerebral que la menor, y que dicho tratamiento con sus respectivos controles serán asumidos sin exclusiones por la EPS, de allí que la vulneración habrá de cesar; situación diferente es que la atención solicitada se preste dentro del marco de acción con que cuenta la accionada, allí mal puede este despacho forzarla a través de este fallo a que la atención se preste en instituciones o entidades con las que compensar no tiene convenio alguno.

Quiere decir el despacho, que no se puede rechazar a priori las entidades médicas y hospitalarias que ofrece la EPS bajo algún supuesto de mala calidad o atención, en ello y bajo la patología de la paciente los tratamientos serán los mismos en cualquier entidad, de allí que esta acción se negará, en la medida que lo querido como pretensión principal ya se ha cubierto.

Queda en manos de la madre de la menor el iniciar las gestiones para que se de inicio a la atención integral ya asumida por la EPS demandada en tutela”.

El 24 de enero de 2005, la accionante impugnó el fallo del a-quo, argumentando los mismos hechos manifestados dentro de la acción de tutela, además afirmó lo siguiente:

“7. En este caso específico no podemos hablar de atención integral de la menor, pues como hemos visto se le han negado tratamientos y recursos para su superación incluyendo el tratamiento en el Taller Psicomotriz Crisálida, con lo cual se desvirtúa un tratamiento integral asumido por la E.P.S.

Es necesario aclarar que cuando se pone en riesgo la vida, la salud, la integridad física y el derecho a una mejor calidad de vida de una menor violando abiertamente la carta fundamental, ese Despacho debería entrar a considerar la posibilidad de autorizar por medio de la tutela esta petición, pues todos estos tratamientos y recursos para la recuperación de la menor están excluidos del POS y no serían autorizados sin la debida orden judicial, que espero por este medio. No se puede tomar como excusa para violentar los derechos fundamentales el que no estén contemplados en lo que deben autorizar las EPS ciñéndose estrictamente a la ley y por este hecho poner en peligro la vida de sus usuarios en este caso de María Fernanda (se podrían citar numerosos fallos de la Corte al respecto).

También es de suma importancia aclarar que se trata de una menor con parálisis cerebral, que la mantiene cuadraplégica, y que los adelantos que ha hecho con respecto a su enfermedad los ha hecho con el tratamiento apropiado que le brindan en el Taller Psicomotriz Crisálida y de que se le brinden todas las facilidades por medio de la acción de tutela que se está impugnando.”

Solicitó la accionante se revocara el fallo del a-quo y en su lugar se dispusiera tutelar los derechos vulnerados.

Como pruebas solicita sean tenidas en cuenta en su apropiada valoración para la decisión de segunda instancia, además, visitar las instituciones de Propace e Idafe, para que se determine su calidad.

El 28 de febrero de 2005, el Juez Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, revocó el fallo de primera instancia, manifestando lo siguiente: “... si bien la entrega de la órtesis no reúne las características de una urgencia vital para la menor, sí resultan ser artículos que se requieren de manera inmediata a fin de lograr un adecuado desenvolvimiento personal, la integración social y mecanismo necesario para realizar sus actividades que le permitan alcanzar una calidad de vida digna e idónea, dada su evidente debilidad, por lo que las órtesis que requiere resultan ser un elemento indispensable para asegurar la calidad de vida

digna.

Igualmente, el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos fundamentales, no cabe duda que se atenta contra ellos y contra la integridad física de la menor con la negativa de cambio de la sonda de gastronomía ordenada según diagnóstico médico, y que es primordial para su subsistencia. Por tanto, negar tales servicios a la menor y teniendo en cuenta aún más su discapacidad, atenta directamente contra el artículo 44 de la Carta Política, que garantiza a los niños, como derechos prevalentes, la vida, la salud, la integridad física entre otros.

En consecuencia, se inaplicará la reglamentación que excluye el suministro de los servicios requeridos por la menor, en virtud de la reiterada jurisprudencia constitucional conforme a la cual se busca evitar, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas, en consecuencia se ordenará a la accionada proceda a hacer la entrega de las órtesis y el cambio de sonda de gastronomía, y se le autorizará para que en los gastos adicionales en que incurra, repita contra la Nación Colombiana, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA, o en último caso, con las asignaciones en el presupuesto al Ministerio de Salud Pública.

2.- De otra parte, en lo referente a que se ordene la atención integral por parte del Taller Psicomotriz Crisálida, se observa que conforme a la información suministrada por la EPS accionada, dicha institución no se encuentra entre su red de prestadores, razón por la cual no puede obligarse a la accionada a que la prestación solicitada, sea atendida con dicha institución con la cual no tiene convenio de prestación de servicios, teniendo en cuenta adicionalmente que (sic) por contrario informa que la rehabilitación integral como tratamiento para la enfermedad cerebral motriz que presenta, así como los respectivos controles médicos incluyendo el manejo por neuropediatria, se ha autorizado en la red inscrita a Compensar (fl. 48).

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo

previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

## 1. Temas Jurídicos

La Sala estudiará en el presente caso si la EPS Compensar al negarse a brindar atención integral en salud a la menor María Fernanda Nieto Gómez, en los términos requeridos por la señora Mónica Gómez Rincón, -a saber, prestar dicho servicio de salud en el Taller Psicomotriz Crisálida, instituto no adscrito a la EPS demandada- le está vulnerando los derechos a la salud en conexidad con la vida, seguridad social e integridad física a la menor.

### 2.1. La seguridad social en salud y principio de integralidad del tratamiento

En un Estado Social de Derecho, la protección de los derechos fundamentales debe ser real y precisamente la garantía de la tutela apunta hacia tal finalidad. Dentro de esos derechos fundamentales están el derecho a la vida, a la dignidad de la persona, los cuales están íntimamente ligados al derecho a la salud y por ende a la seguridad social.

La seguridad social en salud en Colombia tiene como principio el de la “integridad” como se desprende del siguiente análisis normativo:

El plan obligatorio de salud es para todos los habitantes del territorio nacional para 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 (artículo 162 ley 100 de 1993). Además, hay guía de atención integral, definida por el artículo 4° numeral 4 del decreto 1938 de 1994: “Es el conjunto de actividades y procedimientos mas indicados en el abordaje de la promoción y fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la enfermedad; en la que se definen los pasos mínimos a seguir y el orden secuencial de éstos, el nivel de complejidad y el personal de salud calificado que debe atenderlos, teniendo en cuenta las condiciones de elegibilidad del paciente de acuerdo a variables de género, edad, condiciones de salud, expectativas laborales y de vida, como también de los resultados en términos de calidad y cantidad de vida ganada; y con la mejor utilización de los recursos y tecnologías a

un costo financiable por el sistema de seguridad social y por los afiliados al mismo". Por otro aspecto, el sistema está diseñado, según el Preámbulo de la ley 100 de 1993, para asegurar a la calidad de vida para la cobertura integral, de ahí que dentro de los principios que infunden el sistema de seguridad social integral, está, valga la redundancia, el de la integralidad, definido así: "Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por la ley"(artículo 2° de la ley 100 de 1993). Es más; el numeral 3° del artículo 153 ibídem habla de protección integral: "El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud". A su vez, el literal c- del artículo 156 ibídem expresa que "Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud" (resaltado fuera de texto). Hay pues, en la ley 100 de 1993 y en los decretos que la reglamentan, mención expresa a la cobertura integral, a la atención básica, a la integralidad, a la protección integral, a la guía de atención integral y al plan integral. Atención integral que se refiere a la rehabilitación y tratamiento, como las normas lo indican.

## 2.2. Cobertura del sistema a los beneficiarios menores de edad

Dentro del sistema de seguridad social en salud existen Entidades Promotoras de Salud -EPS que responden por lo que el propio Estado haya establecido que se debe cubrir. Una vez afiliado al sistema una persona, se tiene derecho a la cobertura que éste da, no solo para el afiliado sino para sus beneficiarios de los cuales se encuentran, entre otros, los hijos menores.

Tratándose de los menores, el artículo 44 de la C. P. expresamente señala como uno de los derechos fundamentales de los niños es el derecho a la salud y la seguridad social, luego si son beneficiarios del sistema, se puede reclamar mediante tutela el tratamiento correspondiente en su integridad. En conclusión, es particularmente reforzada la protección constitucional al menor cuya salud sea afectada.

2.3. Resolución N° 5261 de 1994, por la cual se estableció el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

En su artículo 1º la Resolución establece lo siguiente: “CENTROS DE ATENCION. El Plan de Beneficios DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD se prestará en todos los municipios de la república de Colombia, por todas aquellas instituciones y personas de carácter público, privado o de economía mixta, catalogados y autorizados para desempeñarse como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud I.P.S. El plan obligatorio de salud responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud se prestará en aquellas I.P.S. con las que cada E.P.S. establezca convenios de prestación de servicios de salud; o sin convenio en cualquier I.P.S. en los casos especiales que considera el presente reglamento.” (subrayas fuera de texto)

La Sentencia T-412 de 20041, sobre el tema de la escogencia del tratamiento médico que resulta más adecuado en cada caso específico, manifestó lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha hecho ver cómo no es facultad del juez constitucional indicar el tratamiento médico que debe serle practicado a un paciente, y ha insistido en que los jueces deben ordenar únicamente la práctica de los procedimientos y la entrega de los medicamentos prescritos por los “médicos tratantes”, dado que son sólo ellos quienes, por tener los conocimientos de los que carece el abogado, pueden determinar si un determinado tratamiento resulta adecuado o no en el caso particular.<sup>2</sup>

Adicionalmente, la Corte ha puesto especial énfasis en que para que prospere la acción de tutela contra una EPS, el tratamiento debe estar determinado por el “médico tratante adscrito a la entidad demandada”, posición jurisprudencial que resulta perfectamente aplicable respecto de acciones incoadas en contra de las ARS. Sobre el particular ha dicho esta Corporación que no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la entidad accionada, y que, en consecuencia, si el demandante decide acudir a un médico diferente a aquellos vinculados a la EPS (o a la ARS) a que está afiliado, debe asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.<sup>3</sup>

Finalmente, la Corporación ha entendido por médico tratante “el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como médico

especialista al respectivo paciente” 4, concepto que, como es obvio, se predica igualmente respecto de las ARS. Por lo tanto, si el procedimiento o medicamento formulado no ha sido prescrito por un facultativo que tenga esa calidad, el juez de tutela no puede ordenar a la EPS o a la ARS la realización de tratamiento determinado por el médico particular.<sup>5</sup>

Empero, si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado compete a los facultativos de la entidad de seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable y origina una responsabilidad médica que puede hacerse efectiva. En ese sentido la Corte ha dicho:

“La valoración del tratamiento a desarrollar no es incontrolable. Hay mecanismos ante el Tribunal de ética médico y aún ante la propia justicia para determinar la responsabilidad penal y civil en que se puede incurrir. Significa lo anterior que el personal médico y paramédico de la respectiva EPS son los encargados de la valoración del tratamiento y de la rehabilitación, y por consiguiente son responsables de sus determinaciones, tanto de aquellas órdenes que deben hacerse como de la suspensión del servicio. Los funcionarios administrativos de la respectiva EPS no pueden esquivar las determinaciones que se ordenen por los profesionales de la Institución.

“La actuación del Juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente (T-059/99), luego el juez no puede valorar un tratamiento.”<sup>6</sup>

Ahora bien, la anterior línea jurisprudencial está orientada a definir que no es al juez constitucional a quien corresponde escoger el tratamiento médico que debe ser practicado al paciente. Sin embargo, la Corte también ha tenido ocasión de estudiar el caso en el cual existe cierta incertidumbre a cerca de cuál de los posibles procedimientos médicos resulta más adecuado dadas las circunstancias del paciente, indicando que, aunque tampoco en esos eventos le corresponde al juez escoger el tratamiento, debe en cambio cerciorarse de que las entidades hayan cumplido con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre las particularidades especiales, los riesgos y la eficacia de cada uno de los procedimientos que podrían llevarse a cabo. De esta manera, en tales casos de incertidumbre sobre la mejor opción médica, el juez constitucional está llamado a dispensar una especial protección a la autonomía del paciente,

verificando que efectivamente se haya dado un espacio para la formación de un consentimiento cualificadamente informado. Así por ejemplo, en la Sentencia T- 597 de 20017, en donde se discutía la efectividad de varios procedimientos médicos alternativos, la Corte dijo lo siguiente:

“Con todo, como ya se dijo, la indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos está determinada por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos. Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico.” (negrillas y subrayas fuera de texto)

La misma sentencia, sobre la elección del tratamiento más adecuado en el caso de los menores discapacitados, dijo:

“De lo expuesto hasta ahora la Corte concluye lo siguiente: si bien la elección del tratamiento médico adecuado ordinariamente compete al médico tratante, en el caso de menores discapacitados esta selección debe ser particularmente meticulosa, de manera que exista certeza en cabeza del facultativo sobre la calidad óptima de la atención que va a prestar la (sic) menor impedido. En efecto, el mandato de optimización exige este comportamiento especialmente atento a las necesidades del niño discapacitado, de forma tal que no se escatimen recursos para lograr su mejoría. En tal sentido, si lo mejor para el niño no está incluido dentro de los planes obligatorios que lo cobijan, o si la entidad a que se encuentra adscrito no se halla en condiciones de suministrar esta mejor opción, el médico no debe dudar en formularlo a pesar de estas circunstancias, y el juez constitucional debe autorizarlo si así le es solicitado por vía de tutela, previa comprobación de la prescripción médica del médico tratante, y permitiendo a la respectiva entidad el reembolso de los gastos con cargo al Fosyga.” (subrayas y negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, es de vital importancia que a los menores discapacitados se les brinde de manera cualificada un servicio integral, teniendo en cuenta que para que se otorgue dicho

servicio o tratamiento, debe existir, la orden del médico tratante con el fin de que se obtenga plena certeza de que el menor incapacitado obtendrá el tratamiento requerido con la mejor calidad del tratamiento requerido.

## CASO CONCRETO

La señora Mónica Gómez Rincón, en representación de su hija María Fernanda Nieto Gómez, interpone acción de tutela, solicitando se amparen los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, integridad física y seguridad social.

María Fernanda de 4 años de edad, desde el momento de su nacimiento padece de parálisis cerebral, enfermedad de carácter irreversible, reflujo gastroesofágico severo, trastorno de migración neuronal, epilepsia, cuadriplejía espástica, neumonía recurrente, incapacidad motora de origen central, incontinencia de esfínteres y trastornos de la deglución.

El médico tratante de la Fundación Cardio Infantil envió un oficio a la EPS Compensar, solicitándole un tratamiento integral por rehabilitación neuropediatría, neumología, nutrición y pediatría general, con el fin de brindarle a la menor un mejor tratamiento brindándole una vida más digna.

La señora Mónica Gómez solicitó a la EPS Compensar que el tratamiento integral se le ofreciera en la Fundación Cardio Infantil, el cual fue negado por la misma, en lo excluido del POS, a saber, la solicitud para dos órtesis pie rígido en propileno y dos órtesis braquimetacarpiana, y cambio de sonda de gastrostomía.

El 25 de octubre de 2004, la accionante mediante derecho de petición, solicita a la EPS Compensar le autorice todas las órdenes dadas por parte de los médicos que atendieron a María Fernanda Nieto, siendo imposible que la entidad demandada los otorgará.

Observa esta Sala que el Juez de Segunda Instancia, revocó el fallo del a-quo que negó el amparo a los derechos fundamentales de la menor; el a-quem, en su lugar, concedió los derechos fundamentales a la seguridad social, salud, vida e integridad física de la niña María Fernanda Nieto, negando a su vez, la atención integral en el Taller Psicomotriz Crisálida como tratamiento para la enfermedad cerebral motriz de la menor, por cuanto esa institución no tiene convenio de prestación de servicios con la EPS Compensar.

Sobre el derecho de petición que la accionante formuló ante la EPS demandada, el Juez de segunda instancia manifestó que la misma dio contestación el 14 de diciembre de 2004, autorizándole a la menor María Fernanda todos los exámenes, consultas ambulatorias, apoyos diagnósticos y terapéuticos, entre los cuales se encuentran la valoración y manejo por terapia integral en las IPSs PROPACE e IDAFE.

En conclusión: En este proceso no reposa prueba en que conste que el tratamiento en el Taller Psicomotriz Crisálida haya sido ordenado por el médico tratante de la EPS Compensar. La sola afirmación de la accionante no es suficiente para concluir que la única institución adecuada para brindar dicho tratamiento a la menor sea dicha Institución.

Por lo tanto, habiéndose dado respuesta al derecho de petición de la accionante y observando que la entidad demandada no está obligada a prestar el tratamiento integral en una institución que no se encuentra adscrita a la misma y además que no existe orden del médico tratante en el sentido que la menor sea tratada en el Taller Psicomotriz Crisálida, la Sala confirmará la sentencia de segunda instancia, por ajustarse a derecho.

## DECISIÓN

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

## RESUELVE:

SEGUNDO. LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Resumen del caso en mención: “El menor Néstor Julián Canal Rodríguez, de tres años de edad, se encuentra afiliado desde que nació al Sistema de Seguridad Social en Salud Subsidiado de Bogotá, a través de la ARS Comfenalco.

b. El menor padece una enfermedad llamada hemiparesia mixta, la cual ocasiona que no se logre mantener en pie, pues tiene los tendones invertidos. Por lo anterior, requiere de una cirugía urgente, pues en la medida en que va creciendo su estado de salud se deteriora.

c. El menor ha sido remitido a la IPS “Hospital El Tunal”, en donde viene siendo atendido, pero sin que se presente una consulta y tratamiento constante por un ortopedista pediatra, pues siempre es examinado por diferentes médicos.

d. Ante esta situación el padre del menor optó por llevarlo a consulta particular al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en donde el cirujano especialista informó que debe practicársele una cirugía denominada “Tenotomía bilateral de peroneros” y “Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral”.

e. El último cirujano del Hospital El Tunal que atendió al niño, Dr. Mauricio Páez, informa que él también puede realizarle una cirugía denominada “Liberación de Adherencias de Tendón, tenolisis, artrodesis de cuello de pie”, pero – dice el demandante que este medico conceptúa- el sistema utilizado sería más invasivo y traumático para el niño, es decir el riesgo para el niño es mayor pues implica hacerle un injerto retirando parte del hueso, el cual será extraído de la cresta iliaca, todo lo cual conlleva un nivel elevado de infección y riesgo.

f. En vista de lo anterior, mediante derecho de petición interpuesto por la madre del menor

se solicitó a la ARS Comfenalco que autorizara llevar a cabo en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt el tratamiento médico denominado “Tenotomía bilateral de peroneos” y “Artrórrisis de articulación astrágalo escafoideo bilateral” que requiere el menor, pero dicha entidad no concedió la autorización solicitada.”

2 Cf. Sentencia T-1325 de 2001. Esta posición se ha sentado especialmente en torno al problema de si un medicamento o procedimiento contemplado en el POS es idóneo para sustituir a uno no contemplado en el mismo.

3 T-749 de 2001. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 Ver sentencia T-378/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero

5 Esta posición jurisprudencial ha sido adoptada, entre otras, en las siguientes sentencias: SU-480 de 1997, T-665 de 1997, T-378 de 2000, T-749 de 2001, T-262 de 2002 y T-1125 de 2002.

6 Sentencia T-179 de 2000, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 M.P. Rodrigo Escobar Gil