

Sentencia T-731/12

TEMERIDAD EN LA ACCION DE TUTELA-Inexistencia por hechos nuevos

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Solicitud cambio de institución para realización de terapias y tratamientos que recibe hijo menor de edad con parálisis cerebral

MENORES DE EDAD-Protección constitucional reforzada

DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS-Carácter prevalente

DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección reforzada

ACCIONES AFIRMATIVAS-Garantiza el goce efectivo de derechos fundamentales a personas en situación de discapacidad

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD-Protección constitucional

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

DERECHO A LA SALUD-Afectación ante ausencia de orden emitida por médico tratante y autorización de servicios no POS

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Tratamiento integral

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD
PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD-Puede incluir ingredientes educativos

ACCION DE TUTELA DE MADRE DE MENOR DE EDAD CON PARALISIS CEREBRAL CONTRA EPS-
Negar por no presentar prueba que justifique necesidad de realizar terapias y tratamientos
en otra institución y estar recibiendo tratamiento integral protegido por fallo de tutela
anterior

CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Deber de los
Estados garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Ordenar a la Secretaría de Educación para que menor de
edad con parálisis cerebral sea valorado por profesionales expertos en educación inclusiva
atendiendo tipo de discapacidad que presenta para determinar y garantizar acceso a
programas educativos

Referencia: expediente T-3.490.839

Acción de Tutela instaurada por Blanca Manrique Otálora en representación de su hijo Wilder
Horacio Vásquez Manrique contra Salud Total EPS.

Derechos fundamentales invocados: vida y salud

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Alexei Egor Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá, el 8 de febrero de 2012 y, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá el 21 de marzo de 2012, en el trámite de la acción de tutela incoada por Blanca Manrique Otálora en representación de su hijo, menor de edad, Wilder Horacio Vásquez Manrique contra Salud Total EPS.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

La accionante Blanca Manrique Otálora instauró acción de tutela en contra de Salud Total EPS, por considerar que está vulnerando los derechos fundamentales de su hijo menor de edad, Wilder Horacio Vásquez Manrique, a la vida y a la salud, al negarle la autorización de tratamiento integral en las instituciones IPS Neurorehabilitar o en Horizontes Aba - Terapia Integral oponiendo como razones que éstas no hacen parte de las contratadas por ellos como IPS, no existe una orden médica que prescriba este tratamiento, ni tampoco prueba de que

las terapias que está recibiendo por parte de las IPS de Salud Total no sean suficientes para mejorar la calidad de vida del joven, en consecuencia pide que se ordene, de manera inmediata, la rehabilitación integral con acompañamiento permanente y servicio de transporte en la IPS Neurorehabilitar o en Horizontes Aba - Terapia Integral, para garantizarle a su hijo una vida en condiciones dignas.

1. HECHOS REFERIDOS POR LA ACCIONANTE:

1. Sostiene la peticionaria que su hijo se encuentra afiliado a la EPS Salud Total, en calidad de beneficiario, en donde se le diagnosticó PARÁLISIS CEREBRAL ESPÁSTICA de carácter irreversible y permanente, lo cual le generó una incapacidad mayor al 99%. Por esta razón, nunca ha iniciado su proceso escolar.

1. Señala que el niño recibe dos (2) terapias físicas a la semana, pero el neurólogo y el fisiatra recomiendan un instituto especializado en donde le puedan realizar tratamiento reforzado, es decir, rehabilitación integral con acompañamiento permanente.

1. Refiere la accionante que su hijo recibía terapias de fonoaudiología y ocupacional, las cuales fueron suspendidas oponiendo como argumento el cumplimiento del ciclo del menor, por lo cual la actora radicó una propuesta de rehabilitación integral de la Institución NEUROREHABILITAR ante la EPS, pero ésta fue negada por tratarse de tratamientos no incluidos en el POS y además, por tratarse de un tratamiento educativo.

1. Aclara la petente que la propuesta que ella radicó de la CLÍNICA NEUROREHABILITAR o de HORIZONTES ABA TERAPIA INTEGRAL, no es educativa sino que se trata de un tratamiento de rehabilitación integral para su hijo pues él tiene derecho a llevar una vida digna, alcanzar

logros y desarrollar al máximo su potencial sin que su situación de discapacidad sea un límite para ello.

1. Manifiesta la accionante que conoce casos de niños, en la misma condición de su hijo, que estando en institutos como Neurorehabilitar, han logrado avances significativos, ya que allí les brindan herramientas para desarrollar un proyecto de vida de acuerdo a la discapacidad que presentan.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Radicada la acción de tutela el 25 de enero de 2012, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, la admitió y ordenó correr traslado al representante legal, o quien haga sus veces, de Salud Total EPS.

1. CONTESTACIÓN DE SALUD TOTAL EPS

La entidad accionada contestó la acción de tutela enfatizando que “SALUD TOTAL EPS NO HA NEGADO SERVICIO MÉDICO ALGUNO Y PRESCRITO POR LOS MÉDICOS ADSCRITOS A LA RED DE PRESTADORES DE SALUD TOTAL EPS AL MENOR WILDER HORACIO VASQUEZ MANRIQUE”.

Expuso la accionada que el joven Wilder Horacio Vásquez Manrique, se encuentra afiliado a Salud Total EPS, en calidad de beneficiario, que a la fecha cuenta con 690 semanas cotizadas y su estado es activo, el cual cursa con diagnóstico de parálisis cerebral en manejo con el grupo multidisciplinario de esta EPS.

Aclara que la entidad ha dado cobertura integral a los servicios médicos requeridos por el menor para lo cual adjunta copia de las autorizaciones de servicios médicos generadas durante los últimos meses.

Pone en conocimiento que ya existe un fallo de tutela, a favor del menor de edad, esto es, el 21 de junio de 2010, el juzgado 41 civil municipal de Bogotá concedió parcialmente el amparo invocado autorizando el tratamiento integral requerido por el menor de edad, según los criterios que determine el médico tratante, el suministro de los medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos, aunque no estén dentro del plan obligatorio de salud, así como el no cobro de las cuotas moderadoras y copagos, órdenes que SALUD TOTAL EPS ha cumplido a cabalidad.

Resalta que como ha referido la actora en su escrito de tutela, EPS Salud Total ha autorizado las terapias ordenadas en las IPS Centro de Rehabilitación Ilarco e Instituto Roosevelt, las cuales están habilitadas y autorizadas por el Ministerio de la Protección Social y Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, institutos con los cuales la EPS tiene convenio para realizar las terapias que para el caso, fueron ordenadas.

Señala que, al examinar las historias clínicas anexas a la tutela y las que reposan en los archivos de la EPS, se comprobó que ninguno de los médicos que tratan el caso de Wilder Horacio, ha informado sobre la mala calidad del tratamiento realizado en la IPS Centro de Rehabilitación Américas o Ilarco, o que dichas terapias no estén cumpliendo los objetivos terapéuticos trazados.

Recuerda que la EPS Salud Total cuenta con políticas para lograr que su población afiliada goce de atención de calidad a través de sus IPS, para lo cual cuenta con un comité que recepciona y realiza visitas de calidad a las IPS que ofertan y se seleccionan. Bajo estas condiciones se contrató con la IPS Centro de Rehabilitación Américas o Ilarco, la cual cuenta con la experiencia, el recurso humano y físico necesario para los requerimientos de los pacientes que se encuentran en terapias de neurodesarrollo. “Las IPS Centro de Rehabilitación Américas o Ilarco tiene en marcha el programa especializado en Neurodesarrollo pediátrico, realiza proceso de fortalecimiento constante al talento humano que labora en el programa”.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera que la apreciación de la accionante sobre la idoneidad y capacidad técnico científica de la IPS en mención no tiene un soporte valedero.

Reitera, que teniendo en cuenta la valoración médica hecha el día 2 de diciembre de 2011 por el doctor Alejandro Quinche, del Programa Médico Domiciliario, y la valoración del día 19

de diciembre realizada por el Fisiatra doctor Juan Camilo Mendoza, de la IPS Instituto Roosevelt, se concluye que el tratamiento requerido por el menor de edad no tiene un carácter educativo sino de rehabilitación, los cuales pueden ser prestados por las IPS adscritas a la EPS Salud Total, como lo son el Centro de Rehabilitación de las Américas, Centro de Rehabilitación Ilarco e Instituto Roosevelt.

Respecto de la solicitud de la accionante de ordenar el suministro de rehabilitación acompañamiento permanente en la IPS Neurorehabilitar y/o Abba Horizontes refiere que estas instituciones no pertenecen a la red de IPS contratada por Salud Total EPS y tampoco existe una orden médica para realizar el procedimiento.

Aunado a lo anterior, existe la libertad de las EPS para decidir con cuáles IPS celebran convenios o contratos para que los afiliados tengan el derecho a escoger, dentro de éstas, la IPS que deseen.

Expone, que respecto de las valoraciones particulares hechas a Wilder Horacio, sólo se enteraron de ellas con la notificación de la acción de tutela en donde solicita el amparo de los servicios remitidos por la IPS Neurorehabilitar y/o Abba Horizontes.

Finaliza indicando que los servicios solicitados por la accionante a favor de su hijo, son de carácter educativo, pues no pretenden tratar la salud del paciente, por lo tanto no hacen parte de proceso de rehabilitación médica alguna. Así pues, es la Secretaría Distrital de Educación, quien, en forma subsidiaria y correlativa, debe garantizar el derecho fundamental a la educación.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. Decisión de primera instancia - Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá.

En primera instancia, el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia proferida el ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), decidió negar la solicitud de acción de tutela impetrada por la señora Blanca Manrique Otálora, en representación de su hijo Wilder Horacio Vásquez Manrique.

Aduce que el menor de edad no se encuentra en una situación de amenaza de sus derechos constitucionales a la salud ni a la vida ya que no se le ha negado ningún tratamiento, menos aún, el solicitado por la señora Blanca Manrique Otálora, el cual sólo constituye una propuesta.

Sobre la solicitud de la accionada de vincular a la Secretaría Distrital de Educación consideró que los elementos de juicio allegados son suficientes para decidir la acción de tutela y, además, no evidenció una posible amenaza o vulneración de los derechos de la entidad que se pidió fuera vinculada.

1. Impugnación

La accionante impugnó el fallo proferido por el Juez de primera instancia, el quince (15) de febrero de dos mil doce (2012). Aclaró que el tratamiento solicitado en Neurorehabilitar es el que ella considera mejor para su hijo, el que le puede brindar mejores resultados en su rehabilitación pues las terapias que le suministra la EPS no son intensivas, complementarias y asociadas a procesos de integración, como lo demuestra el concepto emitido por Neurorehabilitar en donde precisa la intensidad horaria, acompañamiento y preparación para su futura escolarización, requeridos por el joven.

Señala que el fisiatra doctor Juan Camilo Mendoza Pulido, adscrito al Instituto Roosevelt, ordenó el tratamiento integral por no estar de acuerdo con el que está recibiendo el niño en la EPS, ya que en su concepto, no alcanza los logros de acuerdo a su discapacidad.

La actora precisa las deficiencias de su hijo: “actualmente no presenta sostén cefálico, no camina, presenta dificultades de lenguaje no habla tan solo de vez en cuando balbucea”, y considera que el Instituto Neurorehabilitar le brinda mejores opciones, pues, es una institución especializada y reconocida por sus logros con niños especiales por lo que le solicita al juez de segunda instancia ordenar que la EPS remita al niño a Neurorehabilitar con servicio de transporte.

1. Decisión de segunda instancia - Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de

Conocimiento de Bogotá.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá mediante sentencia proferida el veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012), confirmó el fallo de primera instancia en su integridad. Afirmó que la decisión del a-quo fue acertada en virtud de que no es propio del Juez Constitucional ordenar a la EPS accionada que autorice un tratamiento en una IPS donde no tiene convenio la EPS, no media orden del médico tratante para su remisión, ni tampoco una prueba de que el tratamiento que está recibiendo el menor de edad en las instituciones prestadoras del Servicio adscrito a su red no alcanza los logros que requiere de acuerdo a su discapacidad.

1. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

1. Fotocopia de la tarjeta de identidad del joven Wilder Horacio Vásquez Manrique.

1. Fotocopia del carné de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de Wilder Horacio Vásquez Manrique por intermedio de Salud Total EPS.

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Blanca Manrique Otálora.

1. Fotocopia de la Historia Clínica del joven Wilder Horacio Vásquez Manrique, con fecha 19 de diciembre de 2011, firmado por el doctor Juan Camilo Mendoza Pulido, adscrito al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

1. Fotocopia del informe de la evaluación funcional motora al joven Wilder Horacio Vásquez

Manrique, fechado 14 de diciembre de 2011, firmado por la doctora Claudia Elena Pérez Hernández.

2. Fotocopia de Formato Remisión de Casos, con fecha 10 de noviembre de 2011, en donde la señora Pilar Prieto, trabajadora social de la Secretaría Distrital de Integración Social, Subdirección para la infancia, Proyecto 497, remite al joven Wilder Horacio Vásquez Manrique a la Clínica Neurorehabilitar por que el paciente no aplica para la atención brindada por esa Secretaría.

1. Fotocopia de carta fechada 24 de noviembre de 2011, firmada por la doctora Gladis Susana Lozano Tovar, Neuropsicóloga de la Clínica Neurorehabilitar, en donde da a conocer el resultado de la valoración inicial realizada al joven Wilder Horacio Vásquez Manrique para determinar si se encuentra en las condiciones para recibir el tratamiento que ofrece dicha institución, cuyo resultado fue que si cumplía con los parámetros básicos para su ingreso.

1. Fotocopia de la respuesta de Salud Total EPS con fecha 14 de diciembre de 2011, a derecho de petición presentado por la señora Blanca Manrique Otálora, en donde se le informa que lo solicitado por ella no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud ni dentro de las coberturas del fallo de tutela que tiene en su favor, por ser de carácter educativo, además es un requerimiento de IPS no adscrita a la EPS. Adiciona que el joven esta siendo atendido en una IPS de Salud Total EPS según lo requerido por los médicos tratantes.

1. Fotocopia de cartilla de presentación de los programas ofrecidos por Horizontes Aba - Terapia Integral.

1. Fotocopia del fallo de tutela del 21 de julio de 2010, proveído por el Juzgado 41 Civil Municipal de Bogotá, en donde se concede parcialmente el amparo de los derechos del joven Wilder Horacio Vásquez Manrique ordenando a Salud Total EPS brindar el tratamiento médico integral requerido, con carácter urgente, necesario e impostergable según lo prescrito por el

médico tratante, además del suministro de medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos que no estén cubiertos por la POS conforme a las ordenes emanadas por los médicos tratantes. También se exoneró al joven del pago de cuotas moderadoras y copagos.

1. Certificación fechada 25 de noviembre de 2001, emitida por Salud Total EPS, de que la IPS Neurorehabilitar no hace parte de la red de servicios contratada para la prestación de servicios de salud de su población afiliada por lo cual no se encuentra en las posibilidades de elección para atención de afiliados.

1. Fotocopia de planillas de servicios médicos autorizados al joven Wilder Horacio Vásquez Manrique por Salud Total EPS.

1. Fotocopia de escrito presentado por la señora Blanca Manrique Otálora al Juzgado Primero Penal Municipal, fechado 1 de febrero de 2012, en donde comenta la situación de su hijo y solicita se tenga en cuenta su situación económica como también que tiene otro hijo, hermano gemelo de Wilder, con discapacidad cognitiva leve y epilepsia.

1. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 6 de agosto de 2012, ordenó vincular a la Secretaría de Educación de Bogotá en aras de salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso, ya que la decisión que se adoptara en esta Sala de Revisión podría afectar sus intereses.

1. Secretaría de Educación de Bogotá

El 14 de agosto de 2012 la Secretaría de Educación de Bogotá, adujo inexistencia de legitimación en la causa por pasiva por cuanto las pretensiones de la accionante, están encaminadas a ostentar la protección de los derechos de su hijo a la vida y a la salud, mas no a la educación. Enfatiza en que la actora solicita Rehabilitación integral, terapias, servicio médico especializado y transporte, en definitiva, todo lo concerniente al sistema de salud.

Señala que la Secretaría de Educación de Bogotá tiene la función de prestar el servicio público y derecho fundamental de educación a los niños y jóvenes en situación de discapacidad y/o con talentos excepcionales, pero hay casos en los que no es viable el proceso de educación formal como por ejemplo en el de discapacidad cognitiva moderada, severa o profunda.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, y 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los hechos expuestos, corresponde a la Sala determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los niños en situación de discapacidad, al no ordenar la realización de los tratamientos requeridos por el joven Wilder Horacio Vásquez Manrique en la institución Neurorehabilitar IPS u Horizontes Terapia integral oponiendo como razones que estas instituciones no hacen parte de las contratadas

por ellos para la prestación de los servicios solicitados y, además, no existen órdenes médicas que prescriban estos tratamientos, como tampoco de que las terapias que esta recibiendo en las IPS no han sido suficientes para elevar la calidad de vida del hijo de la actora teniendo en cuenta su discapacidad.

Para resolver el problema jurídico citado, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional examinará: primero: la especial protección constitucional de la que son sujetos los niños y niñas con discapacidad, segundo, el derecho a la salud, en particular y frente a los niños y niñas en circunstancia de discapacidad, tercero, análisis del caso concreto.

1. CUESTION PREVIA. INEXISTENCIA DE TEMERIDAD

De acuerdo al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, existe temeridad cuando, sin motivo justificado, la acción de tutela es presentada por la misma persona o su apoderado con los mismos supuestos fácticos ante varios jueces o tribunales, conducta que conlleva a un uso abusivo del derecho, al desgaste injustificado de la administración de justicia y constituye un obstáculo para que otros ciudadanos accedan a la misma. A su vez, es calificada como una deslealtad procesal con la contraparte que es sorprendida en su legítima confianza al reabrirse debates jurídicos legalmente concluidos.

En la sentencia T-644 del 1 de julio de 2008¹ se dijo sobre el punto lo siguiente:

“Para la Corte una actuación temeraria es ‘aquella que desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela’², y se configura cuando, de forma concurrente, se presentan los siguientes elementos: ‘(i) identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad fáctica³; (iv) ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción⁴’⁵.”(Subraya fuera de texto)

Para el caso bajo estudio, al hacer la aplicación de cada elemento arriba señalado para determinar si la accionante actuó con temeridad al invocar el amparo constitucional de los

derechos fundamentales de su hijo tenemos que, a pesar de existir identidad de sujetos, tanto accionante como accionado, los supuestos fácticos en los cuales se basa la acción de tutela hoy en discusión, no son los mismos que dieron lugar a la acción impetrada en el 2010 por la petente, pues se trata de hechos nuevos que no tienen que ver con los acaecidos en ese momento que conllevaron a una sentencia a favor del niño Wilder Horacio. En esa oportunidad, de acuerdo con las pretensiones de la actora, el juez de tutela le ordenó a Salud Total autorizar y practicar todos los exámenes y tratamientos necesarios para mejorar el estado de salud del niño, así como exonerarlo de copagos. En la solicitud actual, la señora Blanca Manrique solicita el cambio de Institución que realiza las terapias y tratamientos que recibe su hijo por considerar que las que recibe no son suficientes para la rehabilitación de su hijo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se estima que actualmente no hay plena identidad de hechos sobre los cuales se instauró la acción de tutela, por lo cual no se configuran los presupuestos de una acción temeraria, así que la Sala continuará adelante con el estudio del presente caso.

1. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA DE QUE SON SUJETOS LOS MENORES DE EDAD.

Los derechos de los niños y niñas, en virtud del artículo 44 de la Constitución Política, son de carácter prevalente sobre los demás. Por otro lado, también establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral como el ejercicio pleno de sus derechos, otorgándoles una protección constitucional reforzada.

Referente a la protección especial que tienen los niños y niñas, la Corte Constitucional mediante sentencia T-840 de 20076, estudió el caso de un niño que presentó acción de tutela contra la EPS Cafesalud, por negarse a suministrar un medicamento, para el tratamiento de una infección respiratoria aguda que padecía. En esta oportunidad la Corte dijo que:

“El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional”

De igual manera, la Corporación ha manifestado que, tratándose de niños y niñas en situación de discapacidad, esta protección se torna aún más reforzada. Al respecto esta corporación, mediante sentencia T-608 de 20077 sostuvo lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha establecido que de las previsiones del artículo 44 de la Constitución Política se desprende que un conjunto de derechos de los menores, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social, tienen en sí mismos el carácter de fundamentales y deben ser protegidos de manera preferente.

La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13)”. (Subrayado fuera del texto).

De esta manera, para cumplir el mandato constitucional de garantizar a las personas en situación de discapacidad el goce efectivo de sus derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha reconocido que el Estado debe crear acciones afirmativas⁸ para desarrollar a cabalidad el postulado del derecho a la igualdad y así procurar el goce efectivo de sus derechos. La Corporación dejó entrever esta posición en la sentencia T-974 de 20109 en la que se analizó el caso de una niña que interpone acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos a la vida digna, a la educación y a la salud, por considerar que la EPS los estaba desconociendo al no autorizarle atención en una institución especializada en el área de discapacidad cognitiva, para lo cual expresó:

“En este contexto, existe una protección constitucional reforzada con respecto a niñas y niños cuando sufren alguna clase de discapacidad, la cual tiene fundamento tanto en el artículo 13 del Texto Fundamental como en el artículo 47 del mismo. Dichas cláusulas

generan para el Estado una obligación correlativa de implementar un trato favorable a aquéllos, es decir acciones afirmativas que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de desventaja¹⁰.

El incumplimiento de este deber estatal, esto es, la no promoción de acciones tendientes a favorecer y reivindicar a un grupo que ha sufrido exclusiones sociales a lo largo de la historia, constituye un acto discriminatorio en contra del mismo, pues vigoriza los obstáculos a los cuales se ha encontrado expuesto cotidianamente, y, en esta medida le impide el ejercicio pleno de sus derechos y libertades”.

Así las cosas, se concluye que los niños que se encuentran en situación de discapacidad son una población que goza de protección constitucional reforzada, de lo cual se desprende la obligación del Estado, y, en general la sociedad, de desplegar medidas de discriminación positiva a su favor, para así, garantizarles su integración social y el disfrute de sus derechos fundamentales¹¹.

1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD A LOS NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD

De otra parte es sabido que el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes tiene el carácter de fundamental¹² y para su protección es procedente la impetración de acciones de tutela, en consecuencia, el Estado debe crear políticas públicas para efectivizar el goce de este derecho, a los niños y niñas de manera prioritaria, y de forma expedita y eficaz¹³.

Por lo anterior, es importante destacar que la Corte Constitucional ha entendido el principio de integralidad del sistema de salud desde dos ópticas:

“Existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras.¹⁴

La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, es la que da cuenta de

la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente.”¹⁵

En la misma providencia, la Corporación establece la importancia de clarificar la afectación del derecho a la salud y ante la ausencia de orden emitida por el médico tratante y autorización de servicios no POS:

“En los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable...

La Corte Constitucional ha encontrado criterios determinadores recurrentes en presencia de los cuales ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional¹⁶ (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas¹⁷ (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.”¹⁸

Así, que el sistema de salud sea integral significa que se debe prestar toda la atención requerida por un paciente para tratar su enfermedad, sin la posibilidad de negarle servicios a sujetos de especial protección, como el caso de los niños y niñas, aduciendo que no se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud¹⁹.

En los casos en que, por medio de acción de tutela, los accionantes solicitan tratamiento integral para un menor de edad con discapacidad, en una institución específica, el cual se niega por las EPS aduciendo que estos servicios no se encuentran en el Plan Obligatorio de

Salud, la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho a la salud de los niños y niñas con discapacidades puede contener ingredientes inclusive educativos. Así puede concluirse de los siguientes pronunciamientos:

En la sentencia T-179 del 24 de febrero de 200020, la Corporación estudió el caso de un grupo de madres cabeza de familia en representación de sus hijos menores en situación de discapacidad, los cuales estaban afiliados al ISS en donde se les brindaba tratamiento terapéutico a través del Centro para limitados visuales y auditivos, pero el Instituto de Seguros Sociales canceló el contrato con dicho centro aduciendo que estaba asumiendo servicios que no le correspondían y que estaban fuera de lo contemplado por el Plan Obligatorio de Salud. Al respecto, la Corte anotó:

“Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse”.

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

La Corte Constitucional confirmó la decisión proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y protegió los derechos fundamentales de los niños a la salud, a la seguridad social y a la educación, quienes tenían diversas discapacidades, pero la modificó respecto a la orden emitida y en su lugar, ordenó al Instituto de Seguros Sociales que procediera a prestar la mejor asistencia integral y especializada que requirieran los niños y que fuera determinada por el personal de médicos especialistas y paramédicos de dicha institución pues era su obligación proporcionar un tratamiento integral y preferente sin que la entidad accionada pudiera oponer el argumento de que se trataba de un servicio pedagógico no contemplado en el POS.

En la sentencia T-920 del 17 de julio de 2000²¹, se analizaron los casos de algunos padres de familia (16 expedientes acumulados) en representación de sus hijos con discapacidades a quienes el Instituto de Seguros Sociales les suspendió el tratamiento integral de rehabilitación argumentando que los menores que recibían el tratamiento ya no tenían probabilidad de rehabilitación y, por lo tanto, el servicio que se les estaba prestando ya no era de salud sino se configuraba dentro del ámbito educativo y, además, no se encontraba dentro del POS. En este caso la Corporación aclaró que los menores de edad tenían derecho a recibir un tratamiento de rehabilitación funcional, sin que su finalidad fuera la recuperación de la discapacidad, y que dicho tratamiento debía incluir los procedimientos necesarios para mejorar la calidad de vida de los niños, independientemente del carácter que se le atribuyera a este tipo de actividades, como su contenido educativo.

En la sentencia T-282 del 6 de abril de 2006²², la Corte Constitucional estudió el caso de un niño de cinco años de edad que tenía autismo, al que el médico tratante le ordenó un tratamiento especializado en la Fundación Integrar. La EPS Coomeva negó el tratamiento alegando que dicho servicio estaba fuera del POS y que contenía elementos educativos. En esta oportunidad, la Corte protegió los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social, a la igualdad y a la integridad física por cuanto se trataba de un sujeto de especial protección que se encontraba en estado de vulnerabilidad por razón de su discapacidad. Agregó que los niños adscritos al régimen contributivo que padecen alguna enfermedad como el autismo deben recibir un tratamiento integral en salud, dentro del cual se encuentren elementos educativos, todo ello con el fin de que se logre un desarrollo armónico en el paciente. Ordenó a la EPS Coomeva que autorizara el tratamiento pedido en la Fundación Integrar o en otra de similares características.

De esta manera, se puede concluir que la Corte Constitucional ha garantizado y protegido el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, aduciendo que éste puede incluir ingredientes educativos, y además, que si bien es deber de la familia del niño apoyarlo en esta situación, el sistema de salud debe concurrir y prestar todo el apoyo necesario de acuerdo con sus competencias, con base en el principio de integralidad del sistema de salud.

1. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

1. HECHOS PROBADOS

1. La señora Blanca Manrique Otálora instauró acción de tutela en contra de Salud Total EPS, por considerar que se vulneraron los derechos fundamentales de su hijo menor de edad, Wilder Horacio Vásquez Manrique, a la vida y a la salud, al negarle la rehabilitación integral con acompañamiento permanente y servicio de transporte en la IPS Neurorehabilitar o en Horizontes Aba - Terapia Integral, teniendo en cuenta que al niño se le diagnosticó PARÁLISIS CEREBRAL ESPÁSTICA de carácter irreversible y permanente, generándole una incapacidad mayor al 99%, razón por la cual nunca ha iniciado su proceso educativo.

1. Al menor de edad se le ha dado cobertura integral a los servicios médicos requeridos según copia de las autorizaciones de servicios médicos generadas durante los últimos meses, aunado a esto el 21 de junio de 2010, el juzgado 41 civil municipal de Bogotá le concedió parcialmente las pretensiones de la madre de Wilder en el sentido de que se le brindara a su hijo el tratamiento integral, suministro de los medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos, aunque no se encontraran incluidos dentro del plan obligatorio de salud, así como el no cobro de las cuotas moderadoras y copagos, fallo que la EPS ha cumplido en su totalidad.

1. Dichos tratamientos se han llevado a cabo en las IPS Centro de Rehabilitación Ilarco e Instituto Roosevelt, las cuales están habilitadas y autorizadas por el Ministerio de la Protección Social y Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, con las cuales la EPS ha contratado para realizar las terapias ordenadas a los pacientes de dicha EPS. Sobre dichos servicios, ninguno de los médicos que tratan el caso de Wilder Horacio, ha informado sobre la mala calidad del tratamiento realizado en estas instituciones o que no estén cumpliendo los objetivos terapéuticos trazados.

1. Al menor de edad se le realizó una valoración médica el día 2 de diciembre de 2011 por el doctor Alejandro Quinche, del Programa Médico Domiciliario, y otra el día 19 de diciembre realizada por el Fisiatra doctor Juan Camilo Mendoza, de la IPS Instituto Roosevelt, de lo cual concluyen que el tratamiento requerido por el niño no tiene un carácter educativo sino médico - rehabilitador, los cuales pueden ser prestados por las IPS adscritas a la EPS Salud Total, como lo son el Centro de Rehabilitación de las Américas, Centro de Rehabilitación Ilarco e Instituto Roosevelt.

1. Las instituciones IPS Neurorehabilitar y/o Abba Horizontes que refiere la accionante no pertenecen a la red de IPS contratada por Salud Total EPS como consta en la respuesta dada por la EPS el 14 de diciembre de 2011 al derecho de petición presentado por la actora y tampoco existe una orden médica para realizar el procedimiento.

1. La accionante solicita que se autorice el tratamiento integral de su hijo en las instituciones IPS Neurorehabilitar y/o Abba Horizontes porque considera que son las mejores para su hijo, las que le pueden brindar mejores resultados en su rehabilitación, pues, a su parecer, las terapias que le suministra la EPS no son intensivas, complementarias y asociadas a procesos de integración.

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Legitimación por activa

En el caso sub examine se observa que la señora Blanca Manrique Otálora interpuso la acción de tutela en calidad de madre del menor de edad Wilder Horacio Vásquez Manrique, por lo cual, en los términos del artículo 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991, se

haya legitimada para representar los intereses de éste, con mayor razón si se tiene en cuenta lo argumentado por la peticionaria, en cuanto a la discapacidad que presenta el joven: PARÁLISIS CEREBRAL ESPÁSTICA de carácter irreversible y permanente.

1. Legitimación por pasiva

En el caso bajo estudio se demandó a Salud Total Entidad Promotora de Salud a la que se encuentra afiliado Wilder Horacio.

Por otro lado, en sede de revisión, mediante Auto del 6 de agosto de 2012 se vinculó a la Secretaría de Educación de Bogotá, a lo cual respondió que el tratamiento solicitado corresponde a servicios de salud, teniendo en cuenta que la señora Blanca Manrique Otálora, considera que a su hijo se le está vulnerando su derecho fundamental a la salud y no al de educación, por lo tanto solicita su desvinculación del proceso por falta de legitimación por pasiva.

En este caso la legitimación por pasiva está dada en cuanto la EPS Salud Total es la entidad encargada de la prestación del servicio de seguridad social y, por tanto, presta un servicio público, por lo que sus actuaciones están cobijadas por el citado artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

1. PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL JOVEN WILDER HORACIO VÁSQUEZ MANRIQUE

1. Salud

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, no existe duda de que los derechos fundamentales de los niños prevalecen sobre los derechos de las demás personas, más aún, cuando estos sujetos se encuentran en situación de vulnerabilidad como es el caso de la población de discapacidad. También es conocido que quien presenta la acción de tutela debe

demostrar los supuestos fácticos en que basa su solicitud de protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados para evidenciar la violación o amenaza de los mismos y, de esta forma, habilitar al juez constitucional para que pueda salvaguardarlos y ampararlos.

De tal suerte que por no presentarse prueba que soporte estos supuestos, en el presente caso la Corte Constitucional negará las pretensiones de la señora Blanca Manrique Otálora, por las siguientes razones:

En primer lugar, el Juzgado 41 Civil Municipal de Bogotá, en sentencia del 21 de julio de 2010, amparó los derechos del niño Wilder Horacio, ordenando el tratamiento integral y todos los servicios necesarios para su condición: parálisis cerebral espástica, que estén o no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, lo cual evidencia que al joven ya se le protegieron, por vía de tutela, los derechos presuntamente vulnerados y, como lo señaló la actora en su escrito, el menor de edad si esta recibiendo las terapias y tratamientos, lo cual deja ver que Wilder no enfrenta una situación de amenaza a sus derechos constitucionales.

En segundo lugar, teniendo en cuenta las pruebas allegadas a este proceso, se observa que la entidad accionada no ha negado tratamiento alguno pues le ha autorizado y practicado los requeridos y necesarios para que el joven pueda llevar una condición de vida digna, cumpliendo con lo ordenado en el fallo de tutela en su contra.

En hilo de lo expuesto, la Corte Constitucional ha clarificado que es el médico tratante y no el juez, el paciente o su familia, el encargado de determinar qué tratamientos son necesarios para la persona, por cuanto es él, quien posee los conocimientos médicos, científicos y la experiencia necesaria para ello:

“Se ha establecido de manera reiterada por parte de este Tribunal Constitucional, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Por lo cual no es llamado a decidir sobre la idoneidad de los mismos. Se ha afirmado pues, que “[l]a 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, luego el juez no puede valorar un tratamiento.”²⁵ Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico

tratante. 26”27

Según la Corporación, no es propio del juez prescribir ni ordenar tratamientos y/o medicamentos que no han sido prescritos por el médico tratante.

“la obligación de los médicos de velar por la salud y el bienestar de sus pacientes, se genera una responsabilidad de los primeros respecto de los tratamientos y medicamentos que prescriban a los segundos. A su vez, dicha obligación tiene como base la ciencia médica, cuyo conocimiento se asume en cabeza de los médicos y no de jueces y abogados. Por ello, se busca evitar que la salud y el bienestar de los pacientes se vean sometidos a criterios distintos al médico, pues si así fuera se corre el riesgo de no atender adecuadamente las patologías de los pacientes. La Corte ha afirmado pues, de manera categórica que “[l]os jueces no son competentes para ordenar tratamientos médicos no prescritos por el médico tratante del paciente. Tal acción, en vez de proteger los derechos fundamentales del paciente, los pone en peligro”²⁸. Esto se puede denominar criterio de responsabilidad.

En cuarto lugar, se señala que no hay claridad en cuanto a la naturaleza de los procedimientos solicitados por la accionante ya que ella los denomina como una “propuesta de rehabilitación integral” más no educativa, pero la entidad accionada reitera que se trata de un tratamiento educativo por no afectar de manera directa la vida del menor de edad.

Por lo anterior, la Sala encuentra que no es posible avalar la solicitud de la accionante, así que procederá a confirmar el fallo proferido por el Juez de segunda instancia por considerarlo acertado y proporcional ya que i) no se evidencia una situación de amenaza del derecho constitucional a la salud del niño, puesto que ya fue protegido mediante un fallo de tutela anterior, ii) la EPS Salud Total ha cumplido a cabalidad las ordenes emanadas de dicho fallo brindándole el tratamiento integral, suministro de los medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos, aunque no estén dentro del plan obligatorio de salud, así como el no cobro de las cuotas moderadoras y copagos y iii) no es el juez constitucional la autoridad competente para ordenar a una entidad promotora de salud la autorización de un tratamiento en una institución, con la cual no se tiene convenio, menos, cuando no hay orden del médico tratante que lo prescriba y no existe prueba de que las terapias y los servicios por ésta ofrecidos no son los idóneos.

1. Educación

La Secretaría Distrital de Educación mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2012, sostuvo que su deber es garantizar el derecho a la educación de los niños, para lo cual estudia la viabilidad de la asignación de un cupo escolar, teniendo como base la valoración médica, y así determinar si el niño, niña o joven es “educable dentro del Sistema Educativo Distrital”. De esta manera, explica, si se tiene que el resultado del análisis de la valoración médica arroja como resultado que el escolar es funcional y puede ser promovido dentro del sistema de educación, la Secretaría cuenta con docentes especializados que brindan atención específica y calificada a los niños con discapacidad cognitiva que lo requieran, con el fin de apoyar su integración tanto académica como social en la escuela y reforzar aprendizajes en áreas como la atención, motivación, patrón imitativo, seguimiento de instrucciones sencillas, habilidades de independencia y autonomía.

Frente a lo expuesto por la Secretaría de Educación del Distrito, esta sala recuerda que de acuerdo con el artículo 24 de la Convención de los Derechos Humanos de las personas con Discapacidad, es deber de los Estados garantizar el derecho fundamental a la educación inclusiva²⁹. Ello quiere decir que de manera progresiva el sistema educativo debe responder a las necesidades de todos y todas, independientemente de si tienen o no una discapacidad. Por tanto, deben aunarse esfuerzos para realizar el contenido de este derecho y garantizarlo efectivamente. En este punto, cabe anotar que para esta Sala no es de recibo la afirmación de esta entidad en el sentido de clasificar a las personas en “educables” o “no educables”, ya que a la luz del derecho a la educación inclusiva los Estados deben promover las potencialidades de todos los educandos, para lo cual debe hacer los ajustes necesarios dentro del sistema.

En consecuencia, como Wilder Horacio presenta una discapacidad, y a que en el fondo de la pretensión de la señora Blanca Manrique Otálora se evidencia el reclamo de una atención educativa para su hijo, esta sala dispondrá que la Secretaría de Educación de Bogotá realice una valoración adecuada por profesionales expertos en educación inclusiva para determinar la viabilidad de la escolarización del joven y así direccionarlo al programa, área o institución indicada para su proceso educativo.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR las sentencias de tutela proferidas por los Juzgados Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá y Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012) y el 21 de marzo de 2012 respectivamente, en cuanto negaron las pretensiones de la señora Blanca Manrique Otálora en representación de su hijo Wilder Horacio Vásquez Manrique, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría de Educación de Bogotá para que el menor de edad Wilder Horacio Vásquez Manrique sea valorado por profesionales expertos en educación inclusiva, atendiendo al tipo de discapacidad que presenta, con el fin de determinar y garantizar su acceso a programas educativos.

TERCERO: Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-731/12

ACCION DE TUTELA DE MADRE DE MENOR DE EDAD CON PARALISIS CEREBRAL CONTRA EPS-
Vulneración por suspensión de tratamiento y servicios de fonoaudiología y terapia
ocupacional máxime si este fue suspendido sin efectuarse el correspondiente estudio médico
(Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA DE MADRE DE MENOR DE EDAD CON PARALISIS CEREBRAL CONTRA EPS-
Derecho a que se establezca condición real de salud y se determinen tratamientos
adecuados para garantizar existencia en condiciones dignas (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte me permito salvar
parcialmente el voto en la presente oportunidad, pues no comparto la decisión adoptada por
la Sala de no amparar el derecho a la salud del accionante; así como tampoco estoy de
acuerdo con los términos en los cuales se otorgó protección al derecho a la educación, de
conformidad con las razones que pasaré a exponer a continuación.

El caso analizado en esta oportunidad se refiere a la negativa de Salud Total EPS a autorizar
el tratamiento integral con acompañamiento permanente en el Instituto Neurorehabilitar, a
un niño al que le fue diagnosticado “parálisis cerebral espástica de carácter irreversible y
permanente” con base en que “el tratamiento solicitado se encontraba fuera del POS y, que
el carácter del tratamiento solicitado era educativo y no de salud.”.

La sentencia expuso el principio de integralidad en materia de salud, con énfasis especial en
los casos de niños con problemas de discapacidad. A partir de lo anterior se analizaron casos

particulares en los cuales esta Corte ha autorizado la prestación de servicios excluidos del POS, cuando se constata la existencia de orden médica expedida por parte del profesional de la salud, que tenga a su cargo el seguimiento a la enfermedad que padece el niño o niña.

Con base en lo anterior, la sentencia de la que me apartó parcialmente no tuteló el derecho a la salud del niño, puesto que según el estudio efectuado por el magistrado sustanciador no hubo elementos que probaran la necesidad del tratamiento solicitado; argumento que no comparto porque del caso se desprenden suficientes elementos que ponen en duda dicha tesis, como lo expondré a continuación:

1. En la descripción de los hechos la accionante señala que el doctor Juan Camilo Mendoza Pulido adscrito al Instituto Roosevelt (que sí tiene convenio con la accionada), ordenó el tratamiento integral en otra institución pues manifestó “no estar de acuerdo con el que está recibiendo el niño en la EPS, ya que en su concepto no alcanza los logros de acuerdo a su discapacidad.”, hecho que no se debatió ni se controvertió en esta sentencia y que reviste el carácter de prueba determinante para conceder o negar el amparo solicitado.

2. Hay indicios para determinar que el niño debe ser valorado por personal experto en salud que evalúe su situación médica actual, puesto que le fueron suspendidas sus terapias ocupacionales así como las de fonoaudiología, debido a que éstas fueron ordenadas por medio de un fallo de tutela y el tiempo que la providencia judicial determinó para tal fin se cumplió. No obstante la EPS accionada no valoró la situación del infante con el objetivo de determinar si éste necesitaba continuar con el tratamiento. Por lo tanto considero que el niño se encuentra en una situación de vulnerabilidad por la suspensión del tratamiento que se le estaba brindando, máxime si el mismo fue suspendido sin efectuarse el correspondiente estudio médico.

3. Al no tener certeza sobre el estado de salud del niño, como tampoco si las terapias que recibe en la actualidad son las adecuadas o, si la suspensión de los servicios de fonoaudiología y terapia ocupacional obedecen a su recuperación y no se corresponden a la interrupción abrupta del servicio en virtud a que no hay orden judicial que obligue a ello, concluyo que esta Sala tenía la obligación de garantizar el derecho al diagnóstico y no simplemente negarse a amparar el derecho a la salud de niño, puesto que éste por su

situación de especial protección constitucional tiene derecho a que se establezca su condición real de salud y, que se determinen los tratamientos adecuados para garantizarle su existencia en condiciones dignas.

Con respecto a lo anterior esta Corporación en Sentencia T-531 de 2009 M.P, Humberto Antonio Sierra Porto, consideró que “En los eventos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante”.

Por lo tanto como lo anuncié en un principio, me aparto de la decisión adoptada pues considero que si bien a juicio del magistrado sustanciador no existían pruebas suficientes para concluir que el tratamiento solicitado en el instituto Neurorehabilitar era necesario, si hay suficientes elementos que indican que se está vulnerando el derecho a la salud del niño. En ese sentido la Sala debió adoptar medidas de protección real, como ordenar los exámenes necesarios, conducentes y pertinentes para tener certeza de la situación médica del infante y de acuerdo a ello ordenar las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la salud del mismo.

De otra parte, respecto del segundo punto del resuelve el cual ordena a la Secretaria de Educación de Bogotá, que el niño Wilder Horacio Vásquez Manrique sea valorado por profesionales expertos en educación inclusiva, atendiendo al tipo de discapacidad que presenta, con el fin de determinar y garantizar su acceso a programas educativos, estoy de acuerdo con el fin perseguido por esa orden, pero no con las medidas adoptadas para su cumplimiento.

Lo anterior se debe a que considero que al no haber precisión sobre los tiempos para la ejecución de la orden, ni determinación sobre las entidades garantes de su cumplimiento, y de los programas educativos a los que se pretende vincular al niño, así como tampoco sobre quién es el responsable de las obligaciones financieras que se deriven de ello o, con cargo a que presupuesto se efectuarán, la orden resulta poco efectiva pues probablemente no se pueda materializar su contenido. Por lo tanto, la orden la orden bien intencionada pero

difusa, inevitablemente tendría como consecuencia que la vulneración del derecho a la educación del accionante persista en el tiempo.

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a salvar parcialmente el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Jaime Córdoba Triviño

2 Sentencia T-1215 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

3 “Así, en diversos casos, la Corte ha concluido que a pesar de constatarse la identidad fáctica, de las partes, y de la pretensión perseguida con la acción de tutela, de ello no se deriva una conducta temeraria por existir nuevas circunstancias fácticas o jurídicas entre la presentación de una u otra acción. Ver, entre otras, las sentencias T-988 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-830 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-812 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En sentido contrario, aunque de conformidad con el criterio según el cual la evaluación de la conducta temeraria corresponde al juez de tutela, la Corte señaló en sentencia T-407 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Treviño) que: “(...)la mera existencia de una decisión de un juez constitucional de instancia en la cual se concede la protección a quien, en criterio de los actores se encuentra en sus mismas circunstancias, no constituye un hecho nuevo que justifique suficientemente la interposición de una segunda acción de tutela.”

4 “En sentencia T-951 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte señaló que a pesar de que en la nueva tutela existían alegaciones distintas ello no justificaba la presentación de una nueva tutela con identidad de accionante, accionado y fáctica. En

sentencia T-410 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte concluyó que si bien la presentación de una nueva acción de tutela con similitud de partes no significaba una actuación temeraria, al no existir una justificación que motivara la nueva acción si se estaba incurriendo en temeridad. Igualmente, en sentencia T-1303 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte consideró que si bien existía identidad de accionante, no había similitud fáctica, pues aunque en la segunda acción de tutela se hacía referencia a los hechos de la primera acción, estos aparecían a manera de contexto. Además, la Corte comprobó que la nueva acción de tutela ya no estaba dirigida contra el mismo accionado -INPEC- sino que se trataba de una acción instaurada en contra del juez de tutela que había denegado la primera tutela. Pueden consultarse, además, las sentencias T-662 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-883 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)".

5 "Vid. Sentencia T-568 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño). Otras, en las cuales se efectúa un recuento similar, Sentencia T-727 de 2006 (M.P. Catalina Botero Marino), T-020 de 2006, (M.P. Rodrigo Escobar Gil) T-443 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-082 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-080 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), SU-253 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-593 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-263 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-707 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)."

6 M.P. Clara Inés Vargas

7 M.P. Rodrigo Escobar Gil

8 T-061 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis

9 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

10 T-391 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto

11 T-495 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

12 Ver sentencias T- 089 de 2007, T-086 de 2006, T-185 de 2006, T-227 de 2006, T-310 de 2006, T-518 de 2006, T-641 de 2006, T-754 de 2005.

13 Sentencia T-405 de 2006

14 Consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007

15 Corte Constitucional, sentencia T-531 del 6 de agosto de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“16 Ver Sentencia T-459 de 2007”

“17 Ver Sentencias T-584-07, T-581-07 y T-1234 de 2004.”

18 Ibídem

19 T-974 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

20 M.P. Alejandro Martínez Caballero

21 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

22 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

23 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

24 Ver folio 121 del cuaderno principal.

25 “T-569 de 2005. Cr. también entre otras, las sentencias T-059 de 1999, T-1325 de 2001, T-398 de 2004 y T-412 de 2004. “

26 Ibidem

27 T-050 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto

28 T-398 de 2004

29 “ARTÍCULO 24. EDUCACIÓN.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida (...)”

