

Sentencia T-739/11

(29 de Septiembre)

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental y prevalente/PRINCIPIO PRO INFANS-Tratamiento especial y prioritario de niños y niñas

DERECHO A LA SALUD DE NIÑAS Y NIÑOS CON DISCAPACIDAD-Sujetos de especial protección

DERECHO A LA SALUD DE NIÑAS Y NIÑOS-Comprende servicios incluidos o no en el POS de régimen contributivo y subsidiado

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-Protección

SERVICIO DE SALUD-Cubrimiento de transporte para recibir atención requerida/SERVICIO DE TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES-Inclusión en el Plan Obligatorio de Salud bajo ciertas condiciones/SERVICIO DE TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES-Debe estar comprobada la falta de recursos económicos del paciente y su familia

CUBRIMIENTO GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE POR EPS-Asunción de manera excepcional para traslado de domicilio a institución que preste el servicio que requiera

JUEZ DE TUTELA-Incompetencia para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante

DERECHO A LA SALUD-Atención médica integral incluso en eventos en que no haya remisión del médico tratante

ATENCION DOMICILIARIA-Cobertura

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Atención pronta y eficaz de menores con discapacidad dada su especial protección

DERECHO A LA SALUD Y VIDA DIGNA DE MENORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD-Garantía de acceso al servicio de salud

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS realizar valoraciones médicas para determinar si patologías requieren servicio de transporte y, ordenar si es procedente

ACCION DE TUTELA DE MENORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD CONTRA NUEVA EPS-Realizar valoraciones médicas para determinar sí patologías requieren servicio de transporte y ordenar si es procedente

Referencia: Expediente T-3.080.489.

Fallo de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, del 5 de mayo de 2011.

Accionante: Ana Victoria Perea Gaitán en representación de sus menores hijos Edna Patricia y Andrés Felipe García Perea.

Accionado: La Nueva EPS.

Demanda del accionante -elementos-:

Derechos fundamentales invocados: salud y vida digna de los menores.

Conducta que causa la vulneración: la negativa de la Nueva EPS a ordenar y autorizar una enfermera domiciliaria para atender los cuidados de sus hijos y, el transporte de los menores inválidos para cumplir con sus citas médicas con los especialistas, terapias, exámenes y adicionalmente la demora en ordenar y autorizar la cirugía de columna que requiere una de las menores dadas sus precarias condiciones de salud.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Fundamento de la pretensión¹.

El 25 de abril de 2011, la accionante² en representación de sus menores hijos Edna Patricia y Andrés Felipe García Perea, presentó acción de tutela contra la Nueva EPS, con el fin de que le sean amparados los derechos a la salud y la vida digna de los menores con fundamento en las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

1.1. Manifiesta la peticionaria que su hija menor, Edna Patricia García Perea, de doce años de edad³ sufre de parálisis cerebral, epilepsia, con pérdida de capacidad laboral del 85.40%, quien además esta padeciendo de Escoliosis neuromuscular, que requiere manejo quirúrgico en UCI pediátrica, cuya orden fue expedida por el médico tratante desde el 23 de febrero de 2011⁴ y la cual fue radicada “el 28 de febrero, el 29 de marzo y el 15 de abril de 2011, sin que hasta la fecha haya sido autorizada la cirugía de la menor”.

1.2. Señala que tienen también un hijo de nombre Andrés Felipe García Perea, de 5 años de edad⁵, quien sufre de parálisis cerebral, epilepsia, hidrocefalia y secuelas de encefalopatía hemorrágica, con una pérdida de capacidad laboral del 71.60%⁶.

1.3. Expresa la accionante que sus hijos menores no pueden moverse por sus propios medios y es ella quien los atiende, debido a que no cuenta con recursos económicos para que otra persona lo haga y que actualmente ella tiene antecedentes de hipertensión arterial, lumbalgia mecánica, y depresión.

1.4. Agrega que el padre de los menores es quien trabaja para el sustento de su familia y percibe un salario mínimo mensual.

1.5. Los padres de los menores han solicitado a la Nueva EPS, se asigne una enfermera domiciliaria, para atender los cuidados médicos de los menores inválidos y el suministro de transporte para el cumplimiento de las citas médicas, terapias, exámenes y demás procedimientos que requieran su traslado.

1.6. Mediante Oficio, la Defensoría del Pueblo⁷, requirió a la Nueva EPS para que informara los soportes fácticos y jurídicos tenidos en cuenta para negar el servicio requerido. La Nueva EPS, mediante comunicación de marzo 23/11, manifestó la imposibilidad de despachar favorablemente la solicitud de autorización de enfermera 24 horas, al no encontrarse dentro de los eventos establecidos en las Resoluciones 5261/94 y 1043/06 y el Acuerdo 08/09 que lo permiten, no evidenciarse la orden medica que lo prescriba y estar los menores Edna García

y Andrés García, dentro del programa de atención domiciliaria contratado con Innovar Salud Ltda.

1.7. La accionante mediante comunicación telefónica del día 2 de agosto de 2011 y fax⁸ enviado a esta Corporación el 4 de agosto de mismo año, reiteró que ha solicitado a la Nueva EPS, “le asigne a mis hijos una enfermera a domicilio y servicio de transporte, para acudir a distintas citas médicas con especialistas y controles; solicitudes que han sido negadas. La Nueva EPS, aduce que se requiere una orden médica para la asignación de la enfermera y del servicio de transporte y el médico a su vez, dice no estar autorizado para expedir dichas ordenes, ya que eso le puede costar el puesto y que eso es responsabilidad de la EPS” 9.

2. Respuesta de las accionadas.

2.1. Mediante Oficio del 3 de mayo de 2011¹⁰, el Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA¹¹ por intermedio del coordinador del Grupo de Acciones constitucionales de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social se manifestó respecto a la presente acción haciendo una exposición de las normas que regulan los servicios de enfermera domiciliaria y transporte de pacientes, así como los tratamientos que cubre el POS y con base en lo anterior solicitó que en caso de tutelar los derechos fundamentales de la accionante no se permita a la EPS la posibilidad de acceder al procedimiento de recobro ante el FOSYGA.

Al respecto señaló: 1) en relación con la atención domiciliaria, el Acuerdo 08/09 de la Comisión de Regulación en Salud CRES, en sus artículos 28¹² y 29¹³ establece las condiciones para que las Empresas Promotoras de Salud se organicen y presenten la atención domiciliaria de los pacientes que por sus patologías requerían dicha atención, así como las coberturas del mismo; ii) con relación al servicio de transporte, indicó que según los artículos 33¹⁴ y 34¹⁵, del citado acuerdo, se indican las condiciones para el cubrimiento por parte del POS del servicio de transporte de pacientes; iii) con referencia a la consulta con médicos especialistas expresó que se encuentran incluidas dentro del POS, razón por la cual la EPS debe prestar el servicio a la accionante; iv) en cuanto al tratamiento integral, señala que los Planes Obligatorios de Salud están diseñados para actividades, intervenciones y procedimientos, razón por la cual es necesario que se precise cuáles son los medicamentos y procedimientos requeridos, a fin de que se pueda determinar si se encuentran o no dentro

del POS; v) solicita que el juez de tutela ordene que los procedimientos sean suministrados por la EPS, sin permitírsele el recobro al FOSYGA, el cual cuenta con escasos recursos para la atención de la población más pobre y vulnerable.

2.2. La Nueva EPS, por intermedio de su Apoderado General para Tutelas de las Regionales Bogotá y Centro¹⁶ se pronunció de manera extemporánea¹⁷, respecto a la presente acción, solicitando negar por improcedente por carencia actual de objeto toda vez que la Nueva EPS ha accedido a la pretensión de la accionante.

Al respecto, precisó con relación a la cirugía para corrección de la escoliosis de la menor Edna García Perea, que “Hemos asignado consulta de ORTOPEDIA PEDIATRICA DE COLUMNA en el HOSPITAL San José Infantil IPS IV nivel con la infraestructura que se requiere para realizar el procedimiento CORRECCIÓN DE ESCOLIOSIS que requiere la paciente. Cita para el 16 de mayo a las 4:40 con el doctor Rodolfo Páez”¹⁸.

Con relación a la enfermera y al servicio del transporte, manifestó la inexistencia de una orden médica que prescriba los servicios por un médico de la red de la Nueva EPS, y así mismo la inexistencia de cartas de negación de servicios emitidas por la entidad que representa, reiterando que está en cabeza del médico tratante adscrito a la EPS, la decisión de ordenar los procedimientos, tratamientos, intervenciones y/o medicamentos pertinentes, pues es el profesional de la salud quien, dependiendo de la patología presentada por la paciente, tiene la formación profesional para ello, “sin que, reiteramos, le esté permitido a ésta EPS autorizar servicios médicos que no han sido formulados por médicos adscritos a esta EPS”¹⁹.

De igual manera, señala que la IPS INNOVAR SALUD²⁰, institución encargada de la atención domiciliaria de los menores, manifestó a la EPS que la madre está debidamente entrenada para cuidarlos, para el manejo de los pacientes en el domicilio. Agrega que con relación al transporte, es claro que el cubrimiento económico de los gastos de desplazamiento “sólo procede para las zonas que han sido catalogadas como ESPECIALES por su ubicación y sus condiciones de acceso”²¹.

Destaca que los recursos que se utilizan para la prestación de los servicios como resultado de una condena en un proceso de tutela, son recursos que garantizan la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud a los restantes afiliados, es por ello que es el Estado

Colombiano por medio del Ministerio de la Protección Social, quien debe proceder al cubrimiento del cargo económico de los servicios requeridos por los menores, que no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de salud POS, por lo que debe ordenarse al Fondo de Solidaridad y Garantías -Fosyga- que asuma los costos de los procedimientos y servicios.

3. Decisión de tutela objeto de revisión.

3.1 Sentencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá del 5 de mayo de 2011²², (Única instancia)

El Juez de instancia negó el amparo solicitado, al considerar que no aparecía acreditado dentro del expediente que el servicio solicitado, – el suministro de transporte y la asignación de una enfermera – hubiera sido prescrito por un médico tratante de la EPS accionada, requisito necesario para la procedencia del amparo respecto del suministro de un medicamento o procedimiento no incluido dentro del POS.

Con relación a la solicitud de requerir a la EPS accionada para que no incurra en mora en la expedición de autorizaciones y órdenes de procedimientos, tratamientos, medicamentos, controles, terapias y demás manejos médicos dada la condición de salud de los menores, no existe vulneración por parte de la accionada, pues en ningún momento ésta se ha negado a prestar el servicio médico ordenado por el médico tratante, pues la cirugía que requiere la menor Edna Patricia se encuentra en trámite.

Para concluir resaltó que tampoco se observó vulneración del derecho de petición radicado el 28 de febrero de 2011, pues mediante escrito de fecha 23 de marzo del año en curso, se dio respuesta al mismo.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, desarrollados en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991²³.

1. Problema de constitucionalidad

Corresponde a la Segunda Sala de Revisión determinar si ¿Se vulneran los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social de los menores de edad con discapacidad por parte de una EPS, al demorar la expedición de las autorizaciones, ordenes de servicios médicos y procedimientos quirúrgicos prescritos, no suministrarle el servicio de enfermera domiciliaria, ni el servicio de transporte para el cumplimiento de citas médicas con los especialistas?

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a: i) el derecho fundamental a la salud de niñas y niños con discapacidad; ii) El acceso a la salud; iii) la imposibilidad de los jueces de ordenar el reconocimiento de prestaciones en salud sin que exista una orden médica en dicho sentido; iii) finalmente, se resolverá lo atinente al caso concreto.

3. Desarrollo.

3.1. El derecho fundamental a la salud de niñas y niños con discapacidad

3.1.1. El artículo 44 de la Constitución Política señala que los derechos de los niños son de carácter fundamental y prevalecen sobre los derechos de las demás personas. De la misma manera, la Carta Política en su artículo 13 consagra una protección especial a favor de niñas y niños, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión²⁴. A partir de estos postulados, la Corte Constitucional ha afirmado que niños y niñas son merecedores de tratamiento especial y prioritario, destacando el principio pro infans, en virtud del cual cuando se presenten conflictos entre derechos o sea necesario coordinar éstos, debe conferirse prioridad a los intereses de los menores.

3.1.2. Frente a los menores con discapacidad, esta Corporación en su reiterada jurisprudencia, ha señalado que de conformidad con el mandato contenido en la Constitución

de 1991²⁵ y los tratados internacionales sobre la materia,²⁶ “los niños y las niñas con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, su derecho a la salud es fundamental y su amparo es doblemente reforzado”²⁷.

El derecho a la salud de los infantes comprende tanto servicios incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos²⁸. En consecuencia, el servicio de salud que sea brindado a niñas y niños debe permitir el cumplimiento de la cláusula según la cual, todo niño tiene “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”²⁹.

Al respecto la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, reiteró que así los servicios que requieran los menores no se encuentren en el POS deben ser brindados, toda vez que los derechos de los niños son fundamentales:

“... el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’, debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad. La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).”

No cabe duda que el Estado debe ofrecer protección prevaleciente a los derechos fundamentales de los niños y es necesario que otorgue cabal ayuda efectiva, para remediar eficazmente la situación de inferioridad o desventaja.

Con base en lo expuesto anteriormente, podemos concluir, que el derecho fundamental a la

salud de niñas y niños que padecen alguna forma de discapacidad debe ser garantizado por las empresas encargadas de proporcionar estos servicios de manera prioritaria y expedita. Así mismo, dada la condición de especial vulnerabilidad que enfrentan, las prestaciones que reciben del servicio público de salud deben responder a principios señalados en la Constitución Política y en instrumentos internacionales como el interés superior del menor y el deber de adoptar medidas especiales a su favor.

Por ello, aun cuando en primer término es deber de la familia de un niño diagnosticado con invalidez o discapacidad apoyar a éste en su situación, el sistema de salud deberá concurrir con el fin de prestar todo el apoyo necesario y eficaz para su asistencia y recuperación. De esta manera, podrán hacerse efectivos los principios constitucionales de especial protección a niñas y niños³⁰.

3.2. El acceso a la salud, el cubrimiento de servicios de transporte y enfermeras domiciliarias.

La Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, señaló que “toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios (de salud) que requiera ‘con necesidad’ -que no puede financiarse por sí mismo.” Este derecho merece una protección reforzada cuando su titular es un sujeto de especial protección constitucional como un niño con discapacidad, cuyos derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social son fundamentales y prevalecen sobre los derechos de los demás. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos³¹. El Estado tiene el deber de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes hay que prestar la atención especializada que requieran³².

En este orden de ideas, es claro que la obligación de las Entidades Promotoras del Servicio de Salud supera los límites de la pura y elemental atención médica de los usuarios y, en consecuencia, implica el análisis y la valoración integral de cada caso, atendiendo a la realidad física, social y económica del paciente, entre otros elementos, que permita identificar las necesidades y las garantías en salud que se le deben prestar, compromiso que se hace imperante en los casos en los que el usuario es un menor de edad.

El acceso al derecho a la salud consagrado en el artículo 49 constitucional, implica accesibilidad al servicio, entendiendo por esta todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, conlleva la posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios y recursos. Significa, por consiguiente, que la accesibilidad materializa el derecho, y por lo tanto debe existir un enlace entre ésta y la atención a la salud y a la seguridad social.

Aunque el transporte no es un servicio médico, la jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación³³, ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte para poder recibir la atención requerida. Así, la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”³⁴.

Por consiguiente, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o, en virtud del principio constitucional de solidaridad, a sus familiares. Sin embargo, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho de accesibilidad a los servicios de salud.

3.3. Reconocimiento de prestaciones en salud por el Juez Constitucional. Reiteración de jurisprudencia

Este Tribunal Constitucional, en reiteradas oportunidades ha establecido que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente, toda vez que no es constitucionalmente admisible que en su labor de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

En este sentido en la Sentencia T-1325 de 2001, la Corte indicó:

“En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, tal como aconteció en esta oportunidad –lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos– o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”.

Así las cosas, la acción de tutela resulta improcedente, cuando a través de su ejercicio se pretende obtener la prestación de un servicio de salud, sin que exista orden del médico tratante que determine, bajo estrictos criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad, su idoneidad para el manejo de la enfermedad que pueda padecer el paciente. Al respecto la Sentencia T-050 de 2009, sostuvo:

“(…) la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente, está únicamente en cabeza de los médicos, y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad).”

Los criterios expuestos, en últimas justifican que el establecimiento de la idoneidad de los tratamientos médicos está en cabeza únicamente de los profesionales de la salud, y en este contexto los médicos sólo podrán ordenar aquellos tratamientos y medicamentos necesarios para la patología del paciente. Por demás, los criterios jurisprudenciales a los que se ha hecho mención se han desarrollado en el contexto de discusiones jurídicas en casos

concretos, en los cuales el punto central del debate es justamente la idoneidad de los procedimientos.

En algunas oportunidades esta Corporación se ha enfrentado a casos donde los accionantes solicitan al juez de tutela que se le ordene a las entidades prestadoras de salud la prestación del servicio de enfermería domiciliaria o cuidador, el suministro de pañales y el transporte de los pacientes y sus acompañantes. La Corte al analizar este tipo de casos ha asegurado que cuando en el expediente no obra prueba de la prescripción médica, pero existe una duda razonable sobre la necesidad del servicio solicitado, el juez de tutela no cuenta con los conocimientos necesarios para determinar la necesidad o urgencia del servicio, razón por la cual en aras de salvaguardar el derecho al diagnóstico, ha ordenado una valoración del paciente por parte del equipo médico de la entidad accionada, de tal manera que este determine si es necesaria la prestación requerida y en caso que la respuesta sea afirmativa deberá prestar el servicio.

En la sentencia T-091 de 2011 se tuteló el derecho a la Salud y a la vida digna de un señor de 84 años, quien sufrió un accidente cerebro vascular isquémico que le generó una parálisis en el lado izquierdo de su cuerpo, que le imposibilita valerse por sus propios medios, por lo que requiere ayuda para realizar sus necesidades personales básicas. Como consecuencia solicita que se le autorice entre otros servicios cama hospitalaria eléctrica, grúa de traslado, silla de ruedas, enfermero o cuidador 24 horas, terapias en diferentes disciplinas, pañales, crema antipañalitis, etc. Al respecto la Corte expresó:

“Empero, para la Sala salta a la vista que se debe proteger el derecho al diagnóstico referido a la necesidad de las prestaciones médicas señaladas. Por lo tanto, la Nueva E.P.S deberá realizar la valoración correspondiente para determinar si el señor Neftalí Rueda Delgado requiere de terapias del lenguaje, ocupacional y fisioterapias diarias, transporte en ambulancia para llevar a control de cardiología y demás controles que requiera, así como médico domiciliario al menos una vez por semana.

De similar manera, dado que la patología del accionante lo convierte en un paciente crónico somático “con una enfermedad orgánica con curso prolongado, que para su atención requiere de acciones a mediano y largo plazo;”³⁵ se escapa a la órbita del juez constitucional señalar la periodicidad del tratamiento necesario para el señor Rueda, pues esto, sólo lo

puede determinar el médico tratante. En esta lógica, se debe proteger el derecho al diagnóstico y ordenar que se realice cada dos (2) meses la valoración médica correspondiente a: las terapias del lenguaje, ocupacional y fisioterapias diarias, transporte en ambulancia para llevar a control de cardiología y demás controles que requiera, médico domiciliario al menos una vez por semana”.

De igual manera, en la sentencia T-320 de 2011 al estudiar el caso de una persona de la tercera edad que padecía un evento cerebro vascular y una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, a quien la EPS en un principio le había suministrado pañales desechables así como los servicios de terapias físicas y de enfermería las 24 horas, sin embargo estas prestaciones fueron interrumpidas de manera súbita bajo el argumento de que son elementos o servicios excluidos del POS, que requieren orden médica vigente que los prescriba. La Corte considero que la entidad accionada vulneraba los derechos fundamentales del tutelante y a propósito manifestó:

En conclusión y en observancia de la jurisprudencia de esta Corporación, el juez no puede ordenar ni controvertir con argumentos jurídicos las disposiciones médicas en cuanto a la práctica de tratamientos médicos; sin embargo, la atención médica que deben prestar las EPS debe ser en todos los casos integral y completa, incluso en aquellos eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando éste parezca vital³⁶, evento en el cual, la EPS deberá realizar la valoración correspondiente para establecer su necesidad.

3.4. El Caso Concreto

De conformidad con la situación fáctica planteada dentro del expediente de tutela y de acuerdo con el material probatorio aportado en el proceso, esta Sala observa lo siguiente:

La señora Ana Victoria Perea Gaitán presentó demanda de tutela contra la Nueva EPS, en representación de sus hijos menores de edad, Edna Patricia y Andrés Felipe García Perea, aduciendo la vulneración de sus derechos a la salud, a la vida digna, a la seguridad social y al derecho de petición, en virtud de que ha solicitado la autorización de enfermera domiciliaria y servicio de transporte para el desplazamiento de los menores a citas y tratamientos médicos, solicitud que no fue despachada favorablemente por la Nueva EPS, según comunicación del 23 de marzo/11, en respuesta a la solicitud realizada por la accionante a

través de la Defensoría del Pueblo y no ha autorizado la cirugía de la menor Edna Patricia García, ordenada por su médico tratante el 23 de febrero/1137.

Al respecto, la Nueva EPS indica que no se encuentran en el expediente formulas u órdenes medicas que prescriban los servicios solicitados, requisito indispensable para que la EPS pueda autorizarlos y menos aun, cartas de negación de los mismos y que dadas las condiciones de salud de los menores, les viene prestando los servicios médicos a través de la IPS Innovar Salud, mediante atención domiciliaria, entidad que informa que los pacientes han sido valorados en los meses de febrero, marzo y abril de 2011 y que la cuidadora (madre) se encuentra debidamente entrenada para el manejo de los pacientes a domicilio.

Frente a la autorización de los servicios de transporte, si bien este no esta definido como un servicio médico, la jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación³⁸, ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte para poder recibir la atención requerida. Así, la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”³⁹.

En este sentido, el traslado de pacientes de su domicilio a la institución donde debe ser prestado el servicio de salud que requiera corresponde en primer término al usuario o, en virtud del principio constitucional de solidaridad, a sus familiares. Sin embargo, en casos especiales, dadas las circunstancias del paciente, es posible que las EPS asuman gastos de traslado de manera excepcional.

En el caso sub examine, encuentra la Corte que la Nueva EPS⁴⁰ en atención a las condiciones de salud de los menores, se ha desplazado hasta el domicilio de los pacientes para prestarle los servicios requeridos, a través de la IPS Innovar Salud Ltda., institución encargada de la atención domiciliaria de los mismos, acorde a lo señalado por los artículos 28 y 29 del Acuerdo 08 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud, sobre atención domiciliaria⁴¹; sin embargo, la accionante ha solicitado la prestación del servicio de transporte en diversas oportunidades que los menores han tenido que desplazarse de su

hogar, no siendo despachada favorablemente la solicitud por la Nueva EPS, sin haber sometido su estudio al Comité Técnico Científico para que determine las necesidades exactas de los pacientes, lo que ocasionó una vulneración de los derechos fundamentales de los menores.

Por lo expuesto, en aras de la protección de la salud, la vida y la integridad física de los menores, procederá la Sala a ordenarle a la Nueva EPS que previa la realización de los estudios correspondientes, someta a la valoración del Comité Técnico Científico, el caso de los menores hijos Edna Patricia y Andrés Felipe García Perea, con el fin de establecer la necesidad del suministro del servicio de transporte cuando los menores deban ser trasladados a recibir atención medida por fuera del hogar y en caso afirmativo procederá a proveerlo.

Sobre la solicitud de una enfermera permanente para el cuidado de los menores, este Tribunal encuentra que acorde a la jurisprudencia constitucional, la atención y cuidado de los pacientes debe ser realizada en primer término por su familia o por el cuidador designado por ésta y que el servicio de enfermería con cargo a la EPS tan solo es procedente cuando por tratarse de un servicio prestacional se acredite que se trata de un evento en que su carencia amenace los derechos a la vida, la dignidad y la integridad física, que haya sido prescrita por el médico tratante, que no pueda ser sustituido por un servicio contemplado en el POS y que la familia del paciente no pueda sufragar el costo del servicio requerido.

En el caso sub examine encuentra la Corte que el servicio de enfermería ha sido solicitado por la accionante a la Nueva EPS, entidad que no ha accedido a la petición bajo el argumento de no haber sido ordenada por el médico tratante, sin haber realizado una valoración por parte del Comité Técnico Científico, que lo soporte, vulnerando los derechos fundamentales de los menores, ya que si bien es cierto que en principio debe cumplirse con el requisito de la prescripción medica, hay servicios que no son ordenados por los médicos tratantes y que una vez solicitados a la EPS, esta debe hacer una evaluación técnica, pues estos se refieren a elementos que pueden poner en riesgo la vida, la integridad física y la dignidad de la persona.

Por lo expuesto, procederá la Sala a ordenar a la Nueva EPS a practicar una valoración técnica de las condiciones de salud de los menores Edna Patricia y Andrés Felipe García

Perea, por parte del Comité Técnico Científico, con el fin de establecer la necesidad del servicio de enfermería domiciliaria y en caso afirmativo proveerlo.

Con relación a la cirugía para corrección de la escoliosis neuromuscular de la menor Edna García Perea, ordenada por el médico tratante desde el 23 de febrero de 2011, cuya autorización no ha sido expedida por la Nueva EPS S.A., por exigirle el cumplimiento de ciertos trámites y citas médicas, a las que por problemas de salud de la menor no pudo concurrir por encontrarse hospitalizada en la Unidad de Cuidados Intensivos⁴² y dado que la entidad accionada manifestó que “Hemos asignado consulta de ORTOPEDIA PEDIATRICA DE COLUMNA en el HOSPITAL San José Infantil IPS IV nivel con la infraestructura que se requiere para realizar el procedimiento CORRECCIÓN DE ESCOLIOSIS que requiere la paciente. Cita para el 16 de mayo a las 4:40 con el doctor Rodolfo Páez”⁴³, no encuentra la Sala una vulneración a los derechos de la menor; sin embargo, considera pertinente reiterar que dada la especial protección constitucional de que gozan los menores en condiciones de discapacidad, las entidades promotoras de salud deben acudir a la atención pronta y eficaz de las solicitudes realizadas por los médicos tratantes de los mismos, evitando la imposición de trámites excesivos que impongan una doble carga a los pacientes y a sus familiares.

Frente a los costos de los servicios de transporte y enfermera domiciliaria en que incurra la Nueva EPS como consecuencia de la valoración que realice, por encontrarse incluidos en el POS del régimen tanto contributivo como subsidiado, no podrán ser recobrados al Fosyga.

4. Razón de la Decisión

La Sala encuentra que en principio corresponde al paciente y a sus familiares el transporte y desplazamiento para atender las citas médicas, exámenes o tratamientos, al igual que el cuidado de los pacientes y que tan solo excepcionalmente le corresponde a la EPS atender dichos requerimientos, en los casos en que el paciente y sus familiares carezcan de recursos económicos y cuando a juicio del médico tratante estos se requieran con necesidad, con el fin de garantizar el acceso a la salud y para la protección de los derechos fundamentales de los pacientes.

No obstante, cuando se trate de menores en condiciones de discapacidad, con el fin de garantizar el acceso a la salud menores y en virtud de la protección reforzada de que gozan constitucionalmente, la Sala considera pertinente reiterar que tienen derecho a: i) recibir el

más adecuado tratamiento posible sin dilaciones por parte de la Entidades Promotoras de Salud; (ii) que se propenda por su desarrollo armónico e integral, así sus componentes no estén incluidos en el POS pero estos sean necesarios para conservar su dignidad y su calidad de vida; (iii) a obtener el servicio de transporte cuando su desplazamiento sea requerido, con el fin de garantizar el acceso a los servicios de salud.

Por las razones precedentes, se revocará la Sentencia del Juzgado Tercero (3°) Civil del Circuito de Bogotá del 5 de mayo de 2011, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela dictada por el Juzgado Tercero (3°) Civil del Circuito de Bogotá del 5 de mayo de 2011, en única instancia dentro de la acción de tutela promovida por la señora Ana Victoria Perea Gaitán en representación de sus menores hijos Edna Patricia y Andrés Felipe García Perea y en su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales a la salud y la vida digna.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Nueva EPS S.A. que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice las valoraciones médicas necesarias encaminadas a determinar por escrito si las patologías de los menores Edna Patricia y Andrés Felipe García Perea requieren de los servicios de auxiliar de enfermería domiciliaria permanente y en caso afirmativo la ordene, no siendo procedente su recobro al Fosyga.

CUARTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Acción de tutela. (folios 12 a 19 del cuaderno #1).

2 Ana Victoria Perea Gaitan quien cuenta con 46 años, nació el 31 de diciembre de 1965, ver fotocopia de la cédula (folio 1 cuaderno #1).

3 Nació el 30 de octubre de 1999.

4 Historia clínica de C. E. de Edna Patricia García Perea que señala paciente con “DX DE ESCOLIOSIS NEUROMUSCULAR POR HOPOXIA CEREBRAL, QUIEN DEFINIÓ AMERITA MANEJO QUIRÚRGICO, EN EL MOMENTO NO DEAMBULADOTA EN SILLA DE RUEDAS, EN TRAMITE DE AUTORIZACIÓN DE CIRUGÍA”, folio 9 y 10 del cuaderno #1. Formato del Sistema Integral de Referencia y Contrarreferencia, suscrito por el médico Fernando Torres Romero del Hospital del Tunal, folio 8 del cuaderno #1.

5 Nació el 1 de marzo de 2006.

6 Según valoración cardiología pediátrica de la Fundación de Salud de los Andes, folio 7 del cuaderno #1.

7 Comunicación de febrero 28/11, Folios 4 y 5 cuaderno #1.

8 Ver folios 10-11 del cuaderno #1.

9 Afirmaciones de la accionante.

10 Ver folios 25 a 29 del cuaderno #1.

11 Vinculado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito, mediante auto de abril 28/11. (folio 22 del cuaderno 1).

12 ARTÍCULO 28. COBERTURA DE ATENCIÓN DOMICILIARIA. Las EPS podrán organizar la atención domiciliaria en su red de servicios como una modalidad de atención que beneficie al afiliado y mejore su calidad de vida, siempre y cuando se asegure la atención bajo las normas de calidad, adecuadas para el caso y de acuerdo con las condiciones y contenidos del Plan Obligatorio de Salud de cada régimen.

13 ARTÍCULO 29. COBERTURA DE LA ATENCIÓN DE PACIENTE CRÓNICO SOMÁTICO. El paciente crónico somático que sufre un proceso incurable, o con discapacidad que limite su acceso al servicio intramural, previo concepto del profesional tratante, podrá ser tratado en forma integral con el personal profesional, técnico y auxiliar calificado del sector salud, en su domicilio, con la participación activa del grupo familiar o su cuidador.

14 ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.

PARÁGRAFO 2o. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan

Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.

15 ARTÍCULO 34. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluido en el POS o POS-S según el caso, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las UPC respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca.

16 Dr. Cesar Hernando Sánchez Acero. Folios 47 a 58 del cuaderno #1.

17 6 de mayo de 2011.

18 Ver aprobación de servicios folio 38 del cuaderno #1.

19 Folio 48 y 49 del cuaderno # 1.

20 Erika Calle Jefe de Acompañamiento de Innovar Salud. (folios 49 y 50 del cuaderno #1) .

21 Respuesta de la entidad accionada. (Folio 51 del cuaderno #1)

22 Ver folios 32 a 37 del cuaderno # 1.

23 Auto del 31 de mayo de 2011 de la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de la Corte Constitucional.

24 En sentencia C-664 de 2006, la Corte destacó: “La jurisprudencia constitucional ha sostenido que los mandatos constitucionales de especial protección a la infancia tienen origen, entre otras razones, en la falta de madurez física y mental de los niños, circunstancia que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, y que hacen imprescindibles la adopción de medidas de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral y “proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad”.

25 El artículo 44 de la Constitución señala expresamente: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...) [l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”; por su parte, el artículo 13 de la

Constitución ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.

26 Son diversos instrumentos internacionales que les otorgan a los niños el estatus de sujetos de protección especial y que específicamente reconocen el derecho a la salud de los menores como fundamental. Estos instrumentos son: 1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; (2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que “el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados,” (3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: “a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para “la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. (4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: “Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado;” (5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado;” (6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que

“todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

27 Al respecto en la sentencia T-412 de 2004 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra) se sostuvo: “Por una doble razón los niños discapacitados merecen la especial tutela del Estado: en primer lugar porque, como en el caso de todos los demás niños, sus derechos prevalecen sobre los de los demás, prevalencia que implica la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de suministrarles la asistencia y protección que garantice su desarrollo integral y armónico. (C.P Art. 44). En segundo lugar, porque en razón de su situación de debilidad manifiesta son merecedores de la atención especializada que requieran (...).”

28 Ver sentencia T-799 de 2006

29 Artículo 24 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

30 Sentencia T-391 de 09.

31 Artículo 44 CN.

32 Artículo 47 CN.

33 En la sentencia T-350 de 2003 de la Corte Constitucional, una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2 de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)’.

34 Sentencia T-197 de 2003.

35 Acuerdo 008 de 2009 Art. 26.

36 sentencia T - 212/11.

37 Escritos de solicitud y respuesta de la Nueva EPS. (folios 2 a 5 del cuaderno #1)

38 En la sentencia T-350 de 2003 de la Corte Constitucional, una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2 de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)’.

39 Sentencia T-197 de 2003.

41Artículo 28. Cobertura de atención domiciliaria. Las EPS podrán organizar la atención domiciliaria en su red de servicios como una modalidad de atención que beneficie al afiliado y mejore su calidad de vida, siempre y cuando se asegure la atención bajo las normas de calidad, adecuadas para el caso y de acuerdo con las condiciones y contenidos del plan obligatorio de salud de cada régimen.

Artículo 29. Cobertura de la atención de paciente crónico somático. El paciente crónico somático que sufre un proceso incurable, o con discapacidad que limite su acceso al servicio intramural, previo concepto del profesional tratante, podrá ser tratado en forma integral con el personal profesional, técnico y auxiliar calificado del sector salud, en su domicilio, con la participación activa del grupo familiar o su cuidador.

42 Ver folios 10 y 11 del cuaderno principal.

43 Ver aprobación de servicios folio 38 del cuaderno #1.