

Sentencia T-771/12

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-Carácter fundamental

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

Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD-Protección aún cuando tratamientos, medicamentos, exámenes e intervenciones no estén incluidos en el POS

DERECHO A LA VIDA, SALUD, DIGNIDAD E IGUALDAD DE MENOR DE EDAD-Suministro de tratamiento integral, medicamentos, procedimientos y elementos no incluidos en el POS para diagnóstico de hidrocefalia, deficiencia mental y epilepsia sin cobro de cuotas moderadoras y copagos

ACCION DE TUTELA DE MENOR DE EDAD CON HIDROCEFALIA, DEFICIENCIA MENTAL Y EPILEPSIA CONTRA EPS-Prestación servicios de salud sin cobro de cuotas moderadoras y copagos

ACCION DE TUTELA DE MENOR DE EDAD CON HIDROCEFALIA, DEFICIENCIA MENTAL Y EPILEPSIA CONTRA EPS-Realización terapias en institución solicitada u otra teniendo en cuenta el domicilio sin obstaculizar el acceso a servicios de salud

Referencia: expediente T-3.501.982

Acción de Tutela instaurada por Yasmín Bustamante Arcia en representación de su hijo Christian Eduardo Ariza Bustamante contra Caprecom EPS.

Derechos fundamentales invocados: vida, salud, dignidad, igualdad.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil doce (2012).

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 del fallo, de única instancia, proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Soledad, Atlántico, el 27 de septiembre de 2011, en el trámite de la acción de tutela incoada por Yasmín Bustamante Arcia, en representación de su hijo, menor de edad, Christian Eduardo Ariza Bustamante, contra Caprecom 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 Yasmín Bustamante Arcia instauró acción de tutela en contra de Caprecom EPS, por considerar que está vulnerando los derechos fundamentales de su hijo menor de edad, Christian Eduardo Ariza Bustamante, a la vida, a la salud, a la dignidad y a la igualdad, al negarle el tratamiento consistente en terapias integrales de neurodesarrollo y terapias de metodología ABA oponiendo como razones que estos tratamientos no se encuentran en el plan obligatorio de salud y que deben ser entregadas a través del subsidio a la oferta, dependiendo de la patología del paciente. En consecuencia pide que se ordene, de manera inmediata, el tratamiento que necesita, como también la posibilidad de remitirlo al centro de rehabilitación para personas en situación de discapacidad Fundación Samedic IPS, la cual se

encuentra ubicada en el municipio de Soledad, Atlántico, para garantizarle a su hijo una vida en condiciones dignas.

1. HECHOS REFERIDOS POR LA ACCIONANTE

1. Sostiene la accionante que su hijo, de once años de edad, está afiliado a Caprecom EPS en calidad de beneficiario, en donde se le diagnosticó HIDROCEFALIA, DEFICIENCIA MENTAL GRAVE Y EPILEPSIA. Además, cuenta, tiene labio leporino, heteroagresividad, lenguaje restringido y síndrome convulsivo.

1. Señala que su hijo requiere terapias integrales de neurodesarrollo y terapias de metodología ABA, tal como lo recomienda la Junta Científica del Centro de Rehabilitación para Discapacitados de la Fundación Samedic I.P.S.

1. Refiere la accionante que al solicitar dichas terapias a la E.P.S., ésta le manifestó que no se encontraban en el POS, y que debían ser entregados a través del subsidio a la oferta y de acuerdo con la patología del paciente.

1. Aclara la petente que su hijo necesita las terapias integrales que está solicitando para mejorar su sistema de locomoción, y lo más importante, contribuir a elevar su calidad de vida.

1. Precisa también que anteriormente llevaba a su hijo a la ciudad de Barranquilla para que le practicasen las terapias en una institución particular, además de cancelar el valor de cada sesión, también debía cubrir el servicio de transporte, el cual sólo se daba en taxi en razón a

la discapacidad del niño, pero al no contar con los recursos económicos suficientes para cancelar estos valores, debió interrumpirlas.

1. Reitera la falta de recursos económicos para asumir el tratamiento que requiere su hijo. Agrega que su esposo, quien era proveedor del hogar y se desempeñaba como conductor de taxi, sufrió un accidente junto a Christian, sumado a que tiene tres hijos menores de edad además de Eduardo, a quienes también deben atender y sostener.

1. Comenta que desde hace unos días (menos de un mes) ha llevado al niño a la Fundación Samedic I.P.S., en donde recibe siete terapias diarias, las cuales han beneficiado al niño, pues se le ve feliz y con ánimo. En virtud de lo anterior concluye que trasladarlo a otra institución perturbaría los logros alcanzados hasta el momento.

1. Finalmente, aduce, su hijo merece ser protegido de igual manera que otros niños a los cuales se les ha protegido sus derechos a la vida y a la salud en situaciones semejantes. Para el efecto, cita la sentencia T-650 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

1. Con base en el relato anterior, la actora solicita al juez de tutela le ordene a Caprecom EPS que adelante los trámites administrativos necesarios para que la Fundación Samedic IPS le preste los servicios terapéuticos necesarios a su hijo, menor de edad, consistentes en Terapias integrales de Neurodesarrollo y terapias de Metodología ABA, así como todas las estimulaciones necesarias para mejorar su calidad de vida.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Radicada la acción de tutela el 14 de septiembre de 2011, el Juzgado Primero Civil Municipal de Soledad, Atlántico, la admitió y ordenó correr traslado a la parte accionada para que contestara y presentara un informe detallado que desvirtuara o afirmara los hechos de la

acción de tutela.

Libradas las comunicaciones a Caprecom EPS, éstas fueron devueltas por la agencia postal porque “no existe el número”.

1. DECISIONES JUDICIALES

ÚNICA INSTANCIA - JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD, ATLÁNTICO -

En única instancia, el Juzgado Primero Civil Municipal de Soledad, Atlántico, mediante sentencia proferida el veintisiete (27) de septiembre de dos mil once (2011), decidió declarar improcedente la acción de tutela por cuanto no se había logrado la notificación de la misma a la entidad accionada, esto es, como la dirección aportada por la accionante no existe, Caprecom EPS no tuvo la oportunidad de presentar los descargos respectivos y defenderse debidamente. De tal manera, que si se concediera la tutela, se le estaría vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Enfatiza en que, al no haber logrado notificar a la entidad accionada del auto admisorio de la acción de tutela se configura una causal de nulidad insaneable según el artículo 140, numeral 9 del C.P.C., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 306 de 1992.

1. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

1. Fotocopia de la tarjeta de identidad del niño Christian Eduardo Ariza Bustamante.

1. Fotocopia del carné de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de Christian Eduardo Ariza Bustamante a través de Caprecom EPS.

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Yazmín Bustamante Arcia.

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Luis Eduardo Ariza Acosta.

1. Copia de fórmula médica expedida el 26 de agosto de 2011 por el doctor Humberto Molinillo Blanquicet, médico psiquiatra, adscrito a la Fundación Samedic IPS, en donde se le prescribe a Christian Eduardo Ariza Bustamante ciento veinte (120) sesiones mensuales de terapia comportamental tipo ABA.

1. Fotocopia de un resumen de la historia clínica de Christian Eduardo Ariza Bustamante, fechado 26 de agosto de 2011, suscrito por el doctor Humberto Molinillo, médico psiquiatra, en donde se señalan los antecedentes familiares y personales del niño y se dictamina un diagnóstico para el cual se prescriben 120 sesiones mensuales de terapia comportamental ABA y continuar con la medicación ordenada.

1. Fotocopia de certificación de la Fundación Samedic IPS, agosto 2011, en donde constan los datos generales del menor Christian Eduardo Ariza Bustamante, Evaluación, Recomendaciones; firmada por Rosmeri Montero Pacheco, evaluadora o terapeuta.

1. Fotocopia de Evolución Médica realizada a Christian Eduardo Ariza Bustamante por la doctora Alicia Lucía Sánchez, Médico Psiquiatra, adscrita a Caprecom EPS, fechada noviembre 12 de 2010.

1. Fotocopia de la Evolución Médica practicada a Christian Eduardo Ariza Bustamante, por la doctora Eva S. Tilano M., Medicina Física y Rehabilitación, adscrita a Caprecom EPS, fechada junio de 2011.

1. Copia de la sentencia T-650 de 2009, de la Corte Constitucional (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

1. ACTUACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 10 de agosto de 2012, ordenó vincular a Caprecom EPS, en aras de salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso y a la defensa, ya que la decisión que se adoptará en esta Sala de Revisión podría afectar sus intereses.

Libradas las comunicaciones pertinentes, y vencido el término probatorio, según informe secretarial del once (11) de septiembre de 2012, no se recibió comunicación alguna por parte de la accionada.

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

Con fundamento en los hechos expuestos, corresponde a la Sala determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad y a la igualdad de los niños en situación de discapacidad, al no autorizar los tratamientos requeridos por el menor de edad Christian Eduardo Ariza Bustamante, oponiendo como razón que éstos no se encontraban en el Plan Obligatorio de Salud.

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, la protección constitucional al derecho a la salud, tratándose de niños y niñas en situación de discapacidad, en virtud del principio de integralidad, y tercero, el estudio del caso concreto.

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 2007¹, 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 20072 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 si 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 afirmativas³ 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 2010⁴ 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 desventaja⁵.

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 fundamentales⁶.

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

1. De otra parte es sabido que el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes tiene el carácter de fundamental⁷ 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 eficaz⁸.

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.⁹

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.”¹⁰

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:

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 constitucional¹¹ (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas¹² (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.”¹³

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 Salud¹⁴

1. En los casos en que, por medio de acción de tutela, los accionantes solicitan algún componente del tratamiento integral para un menor de edad, 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 debe protegerse brindando atención integral en salud, independientemente de que esté por fuera de los planes obligatorios. Así puede concluirse de los siguientes pronunciamientos:

En la sentencia T- 531 del 6 de agosto de 2009¹⁵, la Corte Constitucional estudió el caso de un niño de 5 años con síndrome nefrótico, trastorno que se caracteriza por niveles altos de proteína en la orina, niveles bajos de proteína en la sangre, hinchazón de los tejidos y colesterol alto, razón por la cual necesitaba un tratamiento médico constante, incluyendo cita

con el especialista en nefrología pediátrica cada 15 días, exámenes de albumina, colesterol total, creatina, proteinuria, triglicéridos y parcial de orina con una periodicidad de 15 días. Además, se requerían medicamentos como la prednisolona, sucralfato y nifedipina, sin contar que la madre tuvo que dejar de trabajar para cuidar al niño todo el tiempo. La accionante pide a la ESE Federico Lleras Acosta exonerarlos del pago de cuotas moderadoras y copagos por su difícil situación económica.

Allí la corporación se manifiesta diciendo:

“Ahora bien, la solicitud de atención integral puede ir dirigida no sólo en el sentido de ordenar ésta en sí misma, sino también para lograr su prestación sin la cancelación de pago moderador alguno¹⁶. Caso en el cual, el juez de tutela, además de comprobar la procedencia de la orden de tratamiento integral según lo dicho anteriormente, debe verificar el cumplimiento de los requisitos de exoneración de este tipo de pagos ya expuestos con anterioridad.”

La Corte protegió los derechos de los niños a la salud, la vida digna y la seguridad social, ordenando a la ESE la exoneración en los pagos de cuotas moderadoras, pagos compartidos o cualquier otro costo para cubrir todo el tratamiento mencionado por su madre o por el médico tratante requeridos por el menor de edad.

En la sentencia T-650 del 17 de septiembre de 2009¹⁷, se resolvió el caso de dos niños que presentaban autismo y déficit cognitivo, y sus padres solicitaron la protección de sus derechos fundamentales, ya que las EPS se negaban a autorizar la práctica de las terapias integrales que requerían con el único objeto de mejorar su salud por no encontrarse dentro del plan obligatorio de salud y no poseer la infraestructura necesaria para atender a los niños con discapacidad.

En esta ocasión la Corporación resolvió proteger los derechos a la vida, salud e igualdad de los accionantes y se ordenó a las E.P.S., practicar las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requerían y, además, que dichas terapias debían practicarse preferiblemente en el centro “CENCAES” por encontrarse en el municipio de Soledad Atlántico, lugar de residencia de los allí demandantes.

En la sentencia T-392 de 17 de mayo de 2011¹⁸ La Corte analizó el caso de un niño de 9

años que padecía “retardo psicomotor leve hipoxia perinatal” para lo cual requería un tratamiento integral terapéutico en hidroterapia, animalterapia, equinoterapia y musicoterapia, el cual fue negado por encontrarse excluido del POS, para lo cual la corporación sostuvo:

“...no se tuvo en cuenta varios factores por parte de la EPS Salud Total para negar un servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, entre los que se encuentran (i) se debe verificar los sujetos que reclamaban la protección en éste caso un menor de edad, (ii) la enfermedad que padece, en el presente caso el menor Andrés David padece retardo psicomotor leve hipoxia perinatal y (iii) el tipo de servicio requerido, las terapias integrales son requeridas para mejorar la salud del menor. En consecuencia, de lo anterior se colige la obligación de garantizar la especial protección constitucional que se debe al menor Andrés David, ya que además de la obligación de protección por ser menor de edad, es necesario materializar la protección por su condición de discapacidad”.

De esta manera, la Corte Constitucional protegió los derechos fundamentales del niño, en condición de discapacidad, y le ordenó a la EPS la práctica de las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requería con necesidad

En la sentencia T-408 del 17 de mayo de 2011¹⁹ la Corporación abordó el caso de una niña que tenía retraso motor severo y de otras patologías conjuntas como microcefalia, y ceguera en ambos ojos y solicitaba a su EPS le autorizaran la entrega de una bala de oxígeno de transporte, el suministro de pañales desechables, un suplemento multivitamínico, para lo cual, dicha institución respondió que “la solicitud de transporte y el suministro de pañales desechables se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS- y no pueden ser asumidos por la entidad, pues el numeral g del artículo 154, de la Ley 100 de 1993, establece que se debe “evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social en Salud se destinen a fines diferentes”²⁰. Adicionalmente, la entidad señaló que el complemento multivitamínico pretendido no puede ser autorizado toda vez que conforme al artículo 13 de la Resolución 5261 de 1994²¹, no está incluido en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, por lo tanto, para su autorización, es necesario la previa aprobación por parte del Comité Técnico Científico. Respecto de las terapias físicas domiciliarias y la bala de oxígeno de transporte, la EPS informó que serían autorizadas en la sede del Salitre, Torre A, con la presentación de la prescripción médica correspondiente.”

En esta oportunidad la Corte se pronunció al respecto diciendo:

“..., la garantía del derecho a la salud implica la prestación de un servicio óptimo, eficiente e integral en el tratamiento y la rehabilitación de las condiciones mínimas de salud, para mejorar la calidad de vida de los pacientes o hacer que la situación que afrontan sea un poco más llevadera, máxime cuando se trata de sujetos de especial protección y sus derechos prevalecen sobre los demás, como en el caso de los niños.

Bajo este contexto, no sólo constituye un tratamiento válido aquél que permite superar definitivamente la enfermedad, sino también, los servicios que resultan paliativos para las afecciones que padecen las personas en condición de discapacidad o que presentan enfermedades catastróficas, pues no brindárselos, constituye una vulneración a la vida en condiciones dignas y una mayor afectación a sus ya deterioradas condiciones de salud.

En esta medida, solicitarle a la persona una orden médica o un requisito administrativo para la autorización de un implemento o servicio requerido que hace parte de la atención integral, y con el que puede hacer más tolerable sus condiciones o quebrantos de salud, resulta desproporcionado cuando las circunstancias que afronta el paciente son tan evidentes o notorias.”

Así, la Corporación protegió los derechos fundamentales de la niña a la salud y a la vida digna ordenando a Compensar EPS suministrara todo lo prescrito para su tratamiento con el fin de elevar su calidad de vida y dispuso, además, el servicio de enfermera domiciliaria calificada, por el tiempo y condiciones que para el efecto estableciera el médico tratante.

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, teniendo en cuenta, 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 aun cuando los tratamientos, medicamentos, exámenes, intervenciones, no se encuentren cubiertos por el plan obligatorio de salud.

1. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

1. HECHOS PROBADOS

1. La señora Yasmín Bustamante Arcia instauró acción de tutela en contra de Caprecom EPS, por considerar que se vulneraron los derechos fundamentales de su hijo menor de edad, Christian Eduardo Ariza Bustamante, a la vida, a la salud, a la dignidad y a la igualdad, al negarle las terapias integrales de neurodesarrollo y terapias de metodología ABA, teniendo en cuenta que al niño se le diagnosticó HIDROCEFALIA, DEFICIENCIA MENTAL GRAVE Y EPILEPSIA, además, tiene labio leporino, heteroagresividad, lenguaje restringido y síndrome convulsivo.

1. Christian Eduardo requiere terapias integrales de neurodesarrollo y terapias de metodología ABA, tal como consta en la fórmula médica del 26 de agosto de 2011, firmada por el médico psiquiatra Humberto Molinello, (folio 6), la certificación de la Fundación Samedic IPS firmada por la doctora Rosmeri Montero, evaluadora y terapeuta (folios 8-9), y la evolución médica hecha en Caprecom IPS (folio 12), en el mes de junio de 2011, firmada por la doctora Eva Tilano.

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Legitimación por activa

En el caso sub examine se observa que la señora Yasmín Bustamante Arcia interpuso la acción de tutela en calidad de madre del menor de edad Christian Eduardo Ariza Bustamante, por lo cual, en los términos del artículo 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra 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 niño: HIDROCEFALIA, DEFICIENCIA MENTAL GRAVE Y EPILEPSIA.

1. Legitimación por pasiva

En el caso bajo estudio se demandó a Caprecom Entidad Promotora de Salud a la que se encuentra afiliado Christian Eduardo, a la cual, en primera instancia se le enviaron las notificaciones pertinentes y no se logró notificar y vincular.

En sede de revisión, mediante Auto del 10 de agosto de 2012 se vinculó a la entidad accionada, a lo cual la Secretaría General de la Corporación, mediante informe del 11 de septiembre de 2012, se comunica a esta sala que durante el término legal no se recibió contestación alguna.

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. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL JOVEN CHRISTIAN EDUARDO ARIZA BUSTAMANTE

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 debilidad o en condición de discapacidad. Ahora, se observa que la entidad accionada no dio respuesta al requerimiento en el término legal, por tanto se aplica la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991²², esto es, la Sala asumirá como ciertas las afirmaciones realizadas por la accionante.

En relación a la solicitud de la accionante de realizar las terapias citadas en la Fundación Samedic, institución que presta sus servicios en el Municipio de su residencia, tenemos que ya la Corte en casos anteriores ha concedido el derecho y ha ordenado la práctica de los

tratamientos o intervenciones en instituciones particulares y determinadas, teniendo en cuenta factores como el domicilio de los accionantes.

En la sentencia T-650 de 200923, la Corte Constitucional concedió el derecho a dos menores de edad y ordenó que sus terapias se realizaran en el Centro de Capacitación Especial - CENCAES- que se encuentra en el municipio de Soledad (Atlántico), en donde residían los accionantes, con la salvedad de que en el evento de no existir contrato con este organismo, podían ser practicadas en otro “siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para acceder al servicio de salud”.

De igual manera, la sentencia T-392 de 201124 concedió el derecho a un niño a que sus terapias se realizaran en el Centro de Capacitación Especial -CENCAES - de Soledad, Atlántico, en donde era su lugar de residencia, o en otra institución “siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para acceder al servicio de salud”.

Por lo anterior, las terapias requeridas por el menor Christian Eduardo Ariza Bustamante deberán ser practicadas preferiblemente en la Fundación Samedic IPS, con sede en el Municipio de Soledad, Atlántico, lugar de residencia de la accionante y su familia, con la salvedad de que si la EPS no tiene contrato vigente con esta IPS, podrán ser prestadas en otra institución, teniendo en cuenta la situación actual de la accionante y que no implique una carga desproporcionada ni un obstáculo para acceder al servicio.

Teniendo en cuenta la situación económica de la accionante, en cuanto a la exoneración del pago de las cuotas moderadoras y copagos, que requiera el menor con ocasión de su condición, esta sala se remite al artículo 6°, parágrafo 2° del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS que señala “... Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar al cobro de cuotas Moderadoras en dichos servicios...” y a su vez, el artículo 7° numeral 6° ib., indica que se encuentran exentos de pagar copagos “...6. los servicios enunciados en el artículo precedente...”, razón por la cual el niño no está obligado al pago de cuotas moderadoras ni copagos, por padecer una enfermedad patológica específica y, por ello, requiere un plan rutinario.

Además esta sala advierte que es censurable la inactividad del Juez de instancia, debido a

que no desplegó todas las actividades necesarias para notificar y vincular a la accionada al proceso para que ésta pudiera ejercer su derecho a la defensa y en esa instancia se pudiera conceder el amparo constitucional a los derechos fundamentales del niño Christian Eduardo, por cuanto consideró “evidente que el menor es una paciente con comportamientos y desarrollo deficiente, tal como lo manifiesta bajo la gravedad de juramento la actora madre del menor, y que para mejorar su desempeño físico y motor necesita de los tratamientos y terapias integrales que viene recibiendo de la Fundación SAMEDIC IPS” pero que la acción de tutela “resulta improcedente en razón a que la litis no se encuentra debidamente trabada, puesto que las comunicaciones enviadas a la accionada fueron devueltas en razón a que la dirección suministrada por la accionante no existe”. (Subraya fuera de texto)

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: REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Soledad, Atlántico, del 27 de septiembre de 2011 en cuanto negó el amparo solicitado, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad y a la igualdad del niño Christian Eduardo Ariza Bustamante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a CAPRECOM EPS brindar el tratamiento integral que requiera el menor de edad Christian Eduardo Ariza Bustamante, según los criterios que determine el médico tratante con ocasión al diagnóstico HIDROCEFALIA, DEFICIENCIA MENTAL GRAVE Y EPILEPSIA y el suministro de los demás medicamentos, actividades procedimientos, intervenciones o elementos que se suministren y que no estén cubiertos por el POS.

TERCERO: ORDENAR a CAPRECOM EPS a prestar los servicios de salud necesarios al menor Christian Eduardo Ariza Bustamante emanados de la patología HIDROCEFALIA, DEFICIENCIA MENTAL GRAVE Y EPILEPSIA, sin el cobro de cuotas moderadoras y copagos.

CUARTO: ADVERTIR a Caprecom EPS que las terapias ordenadas, deberán realizarse

preferiblemente en la Fundación Samedic IPS, con sede en el municipio de Soledad, Atlántico, por ser el lugar de residencia de la accionante y su familia, pero si la accionada no tiene contrato vigente ésta, deberán prestarse en otra institución sin obstaculizar el acceso a los servicios de salud del niño, ni imponiéndoles una carga desproporcionada.

QUINTO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Clara Inés Vargas

2 M.P. Rodrigo Escobar Gil

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

4 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

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

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

7 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.

8 Sentencia T-405 de 2006

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

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

“11 Ver Sentencia T-459 de 2007”

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

13 Ibídem

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

15 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

16 Ver por ejemplo, la sentencia T-581-07.

17 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

18 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

19 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

20 Folio 103 del Cuaderno 2.

21 Artículo 13: “FORMULACION Y DESPACHO DE MEDICAMENTOS. La receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el MANUAL DE MEDICAMENTOS Y TERAPEUTICA, sin que

por ningún motivo se admitan excepciones, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario. La receta deberá incluir el nombre del medicamento en su presentación genérica, la presentación y concentración del principio activo, la vía de administración y la dosis tiempo respuesta máxima permitida, la que no podrá sobrepasarse salvo que la Entidad Promotora de Salud lo autorice. No se reconocerán recetas que contengan artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos, líquidos para lentes de contacto, tratamientos capilares, champús de ningún tipo, jabones, leches, cremas hidratantes, antisolares o para las manchas en la piel, drogas para la memoria o la impotencia sexual, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental”.

22 ARTICULO 20.-Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

23 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

24 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto