

T-799-14

Sentencia T-799/14

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Improcedencia cuando se trata de proteger derecho a la vida, a la salud y a la vida digna y evitar perjuicio irremediable

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Consolidación de la línea jurisprudencial en sentencia C-313/14

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

Esta Corporación ha sido reiterativa acerca de su deber de proteger los derechos fundamentales de los niños, razón por cual en los casos en que se encuentra de por medio la salud de un niño, sin importar la edad que tenga, tiene derecho a recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, esto por el sólo hecho de ser un menor de edad. De igual manera, para el Estado deben prevalecer los derechos fundamentales de los niños, debido a su condición de vulnerabilidad física y mental, así mismo cuando la acción de tutela va encaminada a defender el derecho fundamental de la salud.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Consolidación de la línea jurisprudencial en sentencia C-313/14

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD- Acceso a terapias alternativas no POS bajo la metodología A.B.A.

Esta Corporación ha protegido en varias ocasiones a niñas, niños, adolescentes y adultos que deben recibir un tratamiento alternativo cuando padecen de algún tipo de enfermedad o discapacidad cognitiva, siendo obligadas las empresas promotoras de salud a prestar los servicios de salud necesarios, inclusive cuando los procedimientos, medicamentos o los tratamientos no estén cubiertos por el plan obligatorio de salud.

MEDICO TRATANTE-Concepto del médico tratante no adscrito a la EPS resulta vinculante

DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA EDUCACION-Garantías superiores que apoyan de forma independiente el desarrollo integral de los niños y niñas discapacitados

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Caso en que se niega terapias alternativas por no estar incluido en el POS, ser de tipo educativo y no haber sido prescrito por médico tratante adscrito a EPS

Referencia: Expediente T-4420456 y T-4410423

Demandantes Vivian Cariaga Molinares y Lesbia Gómez Castro

Demandados: EPS CAPRECOM

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre dos mil catorce (2014)

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

SENTENCIA

En la revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla (Exp.4420456) y por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad (Exp.4410423) en el trámite de las acciones de amparo constitucional promovidas por la señora Vivian Cariaga Molinares y Lesbia Gómez Castro.

I. ANTECEDENTES. Expediente (4420456)

1. La solicitud

La señora Vivian Paola Cariaga Molinares, actuando como agente oficioso de su hija María Ángel Charris Cariaga, presentó acción de tutela contra CAPRECOM EPS-S, ante la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la igualdad, por

la negativa de la entidad en realizar a su hija terapias integrales de neurodesarrollo que buscan mejorar su discapacidad.

2. Hechos y razones de la demanda

La accionante narra lo siguiente:

Su hija, María Ángel Charris Cariaga, de seis años y con notorio grado de discapacidad, valorado médicamente, padece de trastornos del comportamiento, aprendizaje y lenguaje desde su nacimiento. Afirma que reside en el Municipio de Soledad (Atlántico) donde no existen los servicios médicos necesarios para tratar la discapacidad que sufre la menor. Por tal razón, la llevó a una cita de control a un médico general de carácter particular quien solicitó de manera urgente: (i) cita con un neurólogo; (ii) rehabilitación integral de 80 sesiones por tres meses de terapias de neurodesarrollo y (iii) el respectivo control de seguimiento a la rehabilitación. Indica que haciendo muchos esfuerzos económicos y sabiendo que las consultas en su EPS Caprecom son demoradas, logró una cita con un médico neurólogo quien confirmó el primer diagnóstico, reafirmó el deterioro físico y psicológico de la niña María Ángel Charris y solicitó igualmente terapias integrales de neurodesarrollo y comportamentales. En el informe del neurólogo, textualmente, se lee los siguientes:

“Presenta un lenguaje no fluido y poco comprensivo, mantiene un comportamiento opositario y con vocabulario obsceno ante cualquier solicitud. Mantiene una actitud dispersa y en constante desanimo sin motivación. Dx. Trastorno del comportamiento, aprendizaje y lenguaje, canal auditivo derecho cerrado. Plan. Se solicitan terapias integrales de neurodesarrollo”. (folio 27 del expediente)

Relata (sin precisar meses o años) que al Municipio de Soledad llegó la IPS Santa Teresa de Jesús, la que empezó a prestar los servicios médicos a pacientes con discapacidad y necesidades de rehabilitación. En su afán por buscar tratamientos que mejoraran la salud de su hija, pudo conseguir una evaluación en la mencionada IPS donde hicieron la siguiente valoración del estado de la niña:

“Paciente que asiste en compañía de su madre, la cual manifiesta que su hija nació con su conducto / canal auditivo cerrado (derecho); lo que ha dificultado su interacción social e

integración en el ámbito escolar, la niña declara que es rechazada y se presentan burlas constantes por su necesidad, lo que da cuenta que su autoestima es baja. Muestra negación ante las órdenes y reglas dadas, tiene conductas de rebeldía y en ocasiones su vocabulario es obsceno. No logra ubicarse temporal y espacialmente, ni realiza reconocimiento de lateralidad. Con relación a las actividades diarias necesita apoyo constante. Presenta dificultades a nivel del lenguaje puesto que para su edad no pronuncia algunas palabras claras y en ocasiones confunde los fonemas. A nivel de motricidad fina, el paciente adopta pinza trípode, muestra dificultad en la coordinación óculo manual, puesto que no realiza trazos en dirección específica, no realiza ensartado y encajado, la dominación es derecha. A nivel cognitivo se observan dificultades en su atención sin embargo, es capaz de seguir instrucciones bajo comandos verbales y demostrativos aunque está sujeto a su estado de ánimo y la motivación que muestre durante la actividad. En cuanto al estado físico se observa poca coordinación viso motora, poco equilibrio en posición bípeda y sedente, tiende a caerse de lado contra lateral del oído afectado lo cual le genera una marcha inestable y movimientos oscilatorios ya que hay tendencia a la caída y no hay equilibrio estático. En la realización de saltos presenta temor, lo que obstaculiza la realización activa de los mismos, por tal motivo lo hace con apoyo. Realiza actividades manuales aunque requiere de apoyo constante, no demuestra respeto a los límites gráficos y tampoco identifica figuras geométricas básicas. Conclusiones: María requiere un programa de terapias de neurodesarrollo con el fin de rehabilitar su lenguaje, modificar su comportamiento, mejorar su interacción social y lograr su estabilidad motora". (folio 29 del expediente)

-Con posterioridad a la evaluación del neurólogo y de la IPS Santa Teresa de Jesús, la peticionaria se dirigió a la EPS-S Caprecom para la debida autorización del tratamiento y la empresa le manifestó verbalmente su negativa a acceder al mismo, aduciendo que se trataba de terapias que "tienen parte de salud y de educación y que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud".

Concluye señalando, la entidad accionada viola los derechos de su hija y desconoce el mandato constitucional que consagra el derecho a la salud y la protección especial para los niños. Solicita en consecuencia, que se ordene al director de Caprecom EPS-S que realice las terapias de neurodesarrollo en la IPS Santa Teresa de Jesús, así como el tratamiento integral para todas las patologías que presente la menor María Ángel Charris Cariaga.

3. Pruebas relevantes en el expediente:

La demandante allegó como pruebas, las siguientes: (folios 20 a 30 del expediente)

2. Fotocopia del registro de nacimiento de la menor María Ángel Charris.
3. Fotocopia de la Historia Clínica bajo la consulta del Doctor Carlos Toro, Médico General.
4. Fotocopia de la orden médica del doctor Carlos Toro y la remisión al neurólogo.
5. Fotocopia de la historia clínica del Neurólogo Pedro Barraza Mercado.
6. Informe de evaluación de la IPS Santa Teresa de Jesús.

4. Intervención de la autoridad demandada

Pese a que fue citada por el juez de primera instancia en el proceso de tutela, la entidad accionada guardó silencio.

5. Sentencias objeto de revisión

Mediante sentencia del 23 de abril de 2014, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla declaró improcedente la tutela por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial y la inexistencia de un perjuicio irremediable. Sostuvo que la Ley 1122 de 2007 le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para resolver ciertas controversias entre entidades promotoras de salud y sus afiliados y por ello, la tutela no es en este caso el mecanismo judicial idóneo. Al gozar los afiliados de las EPS de un procedimiento especial y perentorio ante esa Superintendencia, dirigido al reclamo de las prestaciones asistenciales no cubiertas por el Sistema General de Salud, la tutela deviene improcedente.

II. ANTECEDENTES. Expediente 4410423

1. Hechos y razones de la demanda

Lesbia Gómez Castro, actuando como agente oficiosa, interpone tutela contra la EPS Caprecom, Seccional Barranquilla, aduciendo que dicha entidad ha violado los derechos a la

salud y a la vida de su hijo Javier Jesús Acevedo Gómez, joven de 15 años que padece retardo mental y epilepsia.

Sostuvo que su hijo presenta diagnóstico de retardo mental y epilepsia por lo que viene siendo tratado en el Cari ESE Hospital. En su última cita en Caprecom, la profesional de terapia ocupacional[1] le entregó una orden donde remite al niño a un programa de hospital día por 30 días, pero el Cari no tiene espacio para tratarlo, en tanto esa alternativa médica no la tienen contemplada para menores. Solicita que se atienda a su hijo lo más pronto posible porque la enfermedad avanza y su estado es crítico. Preciso la accionante que Caprecom le dio una orden pero para hospitalización normal por treinta días, no siendo esa la prescripción médica, pues la que le fue ordenada a su hijo exactamente dice: “hospital día por 30 días”[2]. Cita en apoyo de su demanda varias sentencias de la Corte Constitucional para sostener que la entidad viola los derechos de su hijo al no tramitar la directriz médica.

Solicita en consecuencia que se ordene a Caprecom EPS que realice los trámites necesarios para atender las prescripciones médicas que apuntan a que es indispensable que haga parte del programa hospital día, por 30 días inicialmente.

En este caso, al igual que el anterior, a pesar de haber sido citada la entidad accionada no respondió los requerimientos del juez de primera instancia.

2. Pruebas allegadas al expediente

1. Respuesta de Caprecom con una orden para hospitalización.
2. Orden del médico tratante.
3. Copia del registro civil del menor y carnet de afiliado.
4. Copia de evolución médica.

3. Sentencia objeto de revisión

El fallo de única instancia objeto de revisión, del 5 de marzo de 2014, lo profiere el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Barranquilla. El juez consideró que la tutela era

improcedente por lo que la accionante debe acudir a la Superintendencia de Salud por ser la vía expedita, eficaz y principal de protección a los derechos conculcados. Indicó que la Ley 1122 de 2007 le otorgó a la Superintendencia de Salud facultades jurisdiccionales para resolver ciertas controversias entre entidades promotoras de salud y sus afiliados y por ello, la tutela no es en este caso el mecanismo judicial de solución a la controversia planteada.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para decidir el presente caso en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Las señoras Vivian Paola Cariaga y Lesbia Gómez Castro, actuando en representación de sus hijos menores de edad, estiman que la EPS- Caprecom ha vulnerado sus derechos a la salud y la vida al no autorizarles los tratamientos indispensables para mejorar sus problemas cognitivos, neurológicos y comportamentales. La demandada, en el primer caso, respondió verbalmente a la accionante que no accedía a las terapias ordenadas porque, por un lado, no se encuentran dentro del POS y por otro, se trata de terapias educativas y no de salud; en el segundo caso, la terapeuta tratante autorizó el tratamiento hospital día, pero Caprecóm autorizó hospitalización por treinta días, opción terapéutica distinta al hospital día..

Dado que las entidades accionadas no respondieron la acción de tutela presentada y no existe ninguna otra prueba que logre desvirtuar lo afirmado por las accionantes, opera la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, a la luz de los principios de celeridad, inmediatez y buena fe que rigen la actuación judicial, ha de entenderse que si la entidad requerida por el juez en el acto de notificación de la acción no hace uso de su derecho de defensa y no contesta la solicitud de pronunciarse sobre lo expuesto en la demanda, se presumen ciertos los hechos.

Con este marco, le corresponde a la Sala establecer si ¿ Caprecom vulneró los derechos a la salud de dos menores de edad que padecen trastornos neurológicos cognitivos y comportamentales, al negarles los tratamientos ordenados por los médicos tratantes?

Para responder el anterior interrogante la Sala deberá estudiar, en primer lugar la procedencia de la tutela a la luz de la falta de subsidiariedad expuesta por los jueces de instancia quienes promueven el procedimiento consagrado ante la Superintendencia Nacional de Salud para la solución de problemas como el propuesto en estas tutelas; seguidamente, se aplicará la doctrina vigente sobre el derecho a la salud consignada en la sentencia C-313 de 2014 en la que se revisó la Ley Estatutaria en Salud; se reiterará la protección reforzada de los menores de edad, haciendo énfasis en los niños con demostrados grados de discapacidad que necesitan terapias integrales de salud, todo ello desde la interpretación del artículo 44 y de la jurisprudencia sentada en la sentencia C-313 de 2014; finalmente, antes de resolver el caso concreto, la Sala precisará premisas generales relacionadas con aspectos doctrinales que permiten abordar el análisis de los casos puestos a consideración.

Las sentencias de instancia niegan las tutelas y aducen que los asuntos planteados deben ventilarse a la luz del actual procedimiento de carácter jurisdiccional asignado a la Superintendencia Nacional de Salud. Bajo esa aseveración, la Sala se permite reiterar las siguientes consideraciones que vienen siendo sostenidas en diferentes Salas de esta Corporación.[3]

Los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991 establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado la Corte Constitucional, en variada jurisprudencia, puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

La Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha

considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los asociados. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto.

En este sentido, la sentencia T- 316 A de 2013 sostuvo :

“En materia de seguridad social en salud, las leyes 1122 de 2007[4] y 1438 de 2011[5] confirieron a la Superintendencia Nacional de Salud potestades jurisdiccionales para resolver, con las facultades propias de un juez, algunas controversias entre las empresas promotoras (o entidades que se les asimilen) y sus usuarios.

Así por ejemplo, el Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, señala que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”.

Este procedimiento de naturaleza judicial inicia con la presentación de una solicitud informal, sin necesidad de apoderado, en la cual se deben sintetizar los hechos que originan el conflicto, la petición a resolver y el lugar de notificación de las partes. Dentro de los 10 días siguientes a la radicación del oficio se dicta fallo, el cual puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes. El trámite debe llevarse a cabo con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando plenamente el derecho al debido proceso de las partes”.

De lo anterior, se deduce que, en principio, el procedimiento judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, pues su propósito es servir como herramienta protectora de derechos fundamentales y su uso debe ser difundido y estimulado para que la propia justicia ordinaria actúe con celeridad y bajo el mandato de resolver los conflictos desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, cuando se evidencian circunstancias en las cuales está en riesgo la vida, la salud o la integridad de las

personas, y se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión de tutela, esta Sala ha sostenido que resulta desproporcionado enviar las diligencias al ente administrativo de la Salud, pues la demora que implica esta actuación, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría degenerar en el desamparo de los derechos o la irreparabilidad in natura de las consecuencias. [6]

Así entonces, esta Corporación indicó en la sentencia referida T-316 A de 2013, [7] que, prima facie, la vía que elija el administrado, tanto la acción de tutela, como el mecanismo ante la Superintendencia tienen vocación de prosperar, pues en materia de salud, según las competencias otorgadas a ésta última, ambas generarían los mismos efectos, y sostener lo contrario, sería desconocer la teleología de dichos instrumentos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus garantías constitucionales están siendo desconocidas. No obstante, ha dicho la jurisprudencia, es el juez de la causa quién evaluará en cada caso concreto, según las circunstancias de apremio y amenaza inminente a los derechos fundamentales involucrados si la tutela podrá sustituir al mecanismo contemplado por la Ley 1122 de 2007.

En suma, tal como lo prescribe la sentencia T-316 A de 2013, en casos en los que se pruebe un perjuicio irremediable como los presentes, donde están de por medio los derechos de dos niños que reclaman atención reforzada de la empresa de salud accionada, las tutelas presentadas son procedentes, puesto que pretenden la protección de derechos fundamentales que se encuentran en riesgo y porque fue el mecanismo judicial que los accionantes eligieron para obtener su protección. Igualmente, la Corte considera que remitir en sede de revisión los asuntos en examen a la Superintendencia de Salud desconocería la urgencia con la que se requiere el amparo de los derechos, como quiera, se insiste, que los actores son niños con demostrados grados de discapacidad, cuyo apremio en recibir los tratamientos necesarios es manifiesto y urgente.

4. La salud como derecho fundamental. La consolidación de la línea jurisprudencial en la sentencia C-313 de 2014.

En sede de revisión, la Corte Constitucional profirió, desde el año 2008, la sentencia T-760 de 2008, en la que sintetizó lo que hasta ese momento había considerado el Tribunal

Constitucional sobre el derecho a la salud. Dijo la Sala de Revisión:

“(…) El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna(…)”.

Recientemente la sentencia C- 313 de 2014 al revisar la Ley Estatutaria de Salud y sellar la línea jurisprudencial sobre el tema de su ius fundamentalidad, reiteró que desde sus inicios este Tribunal Constitucional ha propugnado por la caracterización del derecho a la salud como un derecho fundamental y para ello, superó una interpretación literal del texto superior que hubiese permitido considerar como fundamental al derecho a la salud solo en el caso de los niños; también, desechó en esa tarea interpretativa el criterio de conexidad y el de sede a rubrica, con el cual, el derecho a la salud, no hubiese tenido ocasión de entenderse como fundamental, pues, no hace parte del listado de derechos incluidos en el capítulo 1º, del título II de la Constitución Política, el cual tiene por título “De los derechos fundamentales”. En la actualidad, sostuvo la sentencia, la Corte ya asumió la condición de fundamental del derecho a la salud como autónomo sin aludir puntualmente a la conexidad ni a la titularidad en cabeza de algún sujeto de especial protección, al considerar que al igual que cualquier derecho de los denominados individuales “está originado en el contexto de las revoluciones sociales, alcanzó un status que lo hace protegible por el mecanismo de la acción de tutela y su contenido esencial no está a disposición del principio mayoritario.”

5. Protección especial y derecho a la salud de los niños y niñas

Siguiendo con la línea de argumentación, es necesario hacer alusión a la protección que

merecen los sujetos que gozan de especial protección constitucional[8] como los niños, aspecto que se hace menester en este caso para la solución de los temas objeto de estudio, toda vez que los niños a nombre de quien se interponen las tutelas padecen de deficiencia cognitiva y retardo mental, por lo que requieren un plan terapéutico integral.

Al respecto, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha establecido que hay casos en los que la misma Constitución de 1991 es la que ha conferido una protección especial a ciertos grupos humanos que debido a sus condiciones particulares merecen una mayor protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, de quienes se encuentran en estado de indefensión, de las personas en estado de debilidad manifiesta y de los grupos que han sido históricamente marginados, entre otros, para los cuales la protección de su derecho fundamental a la salud deviene reforzado.

Además de lo anterior, téngase en cuenta que el régimen constitucional de protección de la niñez se complementa con los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que sobre el particular han sido ratificados por Colombia, los cuales, según los términos del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno. En efecto, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, se reconoce que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

Igualmente, en lo atinente al derecho a la salud y a la seguridad social de los niños, la Constitución Política, en su artículo 44, consagra sus derechos como prevalentes sobre los derechos de los demás, razón por la cual, dadas las condiciones específicas de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran los menores de edad y el interés constitucional que existe en cuanto a su protección, integridad y adecuado desarrollo, se autoriza la defensa inmediata de sus derechos, frente a quien de alguna manera pueda vulnerarlos o ponerlos en peligro. [9]

Para el caso de los niños, igualmente la sentencia C-313 de 2014, ya citada, reitera que la calificación de derecho fundamental resultó menos compleja dado que en virtud de lo dispuesto en el citado art. 44 de la Carta, en tratándose de estos sujetos de especial protección, el derecho en consideración se estima como fundamental. Al citar casos concretos, la sentencia sostuvo que no han sido pocas las oportunidades en las cuales esta

corporación, por vía de revisión, se ha pronunciado sobre el punto. A modo de ejemplo se puede referir lo señalado en la sentencia T-754 de 2005[10]:

“(…) La Constitución Colombiana, establece que la salud es un derecho y un servicio público cuyo acceso debe ser regulado a través de la ley. Es así como, de acuerdo con su artículo 49, el Estado debe garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. De igual manera, a la luz del artículo 44 de la Constitución, el derecho a la salud y las prestaciones que comprende adquieren un carácter fundamental por sí mismas en relación con la infancia[11], la cual es un grupo de especial protección constitucional.

A partir del artículo 44, la Corte Constitucional ha explicado que el derecho a la salud de los menores es objeto de una protección constitucional reforzada[12]. Igualmente, que la fundamentalidad del derecho a la salud, cuando se trata de población infantil, conlleva el deber de otorgar de manera pronta, eficiente y eficaz la atención médica requerida[13]. (…)”

Igualmente, en la Sentencia T-973 de 2006[14], se sentó la siguiente postura:

“(…) Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente y la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas[15].

12.- En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria[16]. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente[17]. (…)”

En la sentencia T-760 de 2008, se sostuvo, de igual manera, que “[...] el desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del

menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.” En esa misma oportunidad, la Corte reiteró el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños, e indicó que “debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.”

En suma, esta Corporación ha sido reiterativa acerca de su deber de proteger los derechos fundamentales de los niños, razón por cual en los casos en que se encuentra de por medio la salud de un niño, sin importar la edad que tenga, tiene derecho a recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, esto por el sólo hecho de ser un menor de edad. De igual manera, para el Estado deben prevalecer los derechos fundamentales de los niños, debido a su condición de vulnerabilidad física y mental, así mismo cuando la acción de tutela va encaminada a defender el derecho fundamental de la salud.

6. La jurisprudencia vigente sobre los casos de niños con discapacidad. La sentencia C-313 de 2014. Precedentes

Los anteriores lineamientos son aplicables por igual al caso de los niños que se encuentran en situación de discapacidad, los cuales tienen una protección constitucional aún más reforzada. Razón por la cual, se puede evidenciar que esta Corporación ha sido garantista en la protección del derecho a la educación sin que interese que en algunos eventos dicha garantía conlleve ingredientes del derecho a la educación, porque la Corte ha entendido que ambos derechos propenden hacia el bienestar de los niños y niñas en situación de discapacidad.

Un ejemplo del anterior planteamiento se encuentra en la sentencia T-392 de 2011[18], en la que esta Corporación examinó el caso de un menor que padecía de “retardo psicomotor leve hipoxia perinatal” y la EPS accionada se negaba a realizarle las Terapias Integrales como hidroterapia, animalterapia, equinoterapia y musicoterapia, ordenadas por el médico tratante porque estas se encontraban por fuera del POS. En dicha oportunidad, esta Corporación protegió los derechos fundamentales del menor, pues consideró que la patología del menor (retardo psicomotor leve hipoxia perinatal) era una razón más que suficiente para protegerlo especialmente por el estado de debilidad manifiesta en el que se encontraba, pues al no hacerlo se le estaría ubicando en un plano de desigualdad que

resulta inadmisibles a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política.

La sentencia T- 258A de 2012[19], estudió un asunto similar. En esa ocasión se examinó el caso de una menor que padecía de Síndrome de down y su médico tratante le ordenó la realización de Terapias de neurodesarrollo, acuaterapia, musicoterapia, hipoterapia, terapia miofuncional, terapia de lenguaje, terapia ocupacional e integración sensomotriz, con una frecuencia de 2 sesiones diarias por 20 días al mes, durante 3 meses, pero la EPS accionada se negó a prestar el servicio porque dichas terapias se encontraban por fuera del POS. En dicha oportunidad, la Corte amparó los derechos fundamentales del menor y ordenó a la entidad accionada realizar las terapias requeridas para mejorar su calidad de vida. Indicó que la jurisprudencia de esta Corte ha sido uniforme en deducir que la negativa de las empresas promotoras de salud a suministrar a menores de 18 años de edad servicios, intervenciones, tratamientos, elementos y medicamentos prescritos por el médico tratante y/o necesarios para preservar, mejorar o recuperar su salud y calidad de vida vulnera ostensiblemente sus derechos fundamentales, que en materia de salud deben ser atendidos, encuéntrase o no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud. De igual forma señaló que debe ser posible ofrecer al niño, niña o adolescente en situación de discapacidad lo que esté al alcance de las entidades promotoras del servicio público de salud, a fin de obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta, además, que en este tipo de procesos pueden existir medios científicos que comprobadamente coadyuven a la obtención de mejorías notorias en su salud, como es el caso de los tratamientos alternativos que la medicina contemporánea ha desarrollado para la rehabilitación y mejoría de los niños que padecen retardo mental.

La sentencia C-313 de 2014 al evaluar la constitucionalidad del literal f) del artículo 6 de la Ley Estatutaria en salud también validó la doctrina constitucional vigente sobre la materia al sostener que debe el Estado garantizar la adopción de medidas concretas y específicas para la atención integral de niñas, niños y adolescentes, acorde con el carácter prevalente de sus derechos. Sostuvo la sentencia que en el ámbito de los niños y niñas en situación de discapacidad, el precitado principio también cuenta con expresión normativa en el artículo 7 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 y declarada exequible por el Tribunal Constitucional mediante sentencia C-293 de 2010, cuyo tenor literal es el siguiente:

“NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD.

(...)

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.”

En materia específica de salud el mismo instrumento estipula, en lo pertinente:

“ARTÍCULO 25. SALUD

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. (...)

En particular, los Estados Partes:

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

ARTÍCULO 26. HABILITACIÓN Y REHABILITACIÓN.

1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:

a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;(…)”. (Negrillas fuera de texto).

Advirtió el fallo que tales medidas se deben adoptar no solo con miras a garantizar la

atención integral, sino que ellas están sometidas al respeto de los otros principios que diseñan el sistema de salud, como son la universalidad, la equidad, la continuidad y la oportunidad.

7. La importancia de las terapias alternativas en las personas con discapacidad cognitiva y su reconocimiento mediante acción de tutela así como su regulación en el POS

La Corte ha estudiado los casos en los cuales, niños previamente diagnosticados por varios especialistas médicos ven la necesidad de someter a los menores discapacitados a una serie de terapias alternativas con el fin de lograr estímulos que intervienen positivamente en la adquisición de funciones o capacidades que se han visto mermadas por problemas acaecidos a lo largo del desarrollo infantil.[20]

De esta manera, los tratamientos alternativos son utilizados para mejorar el comportamiento y ayudarles a relacionarse, lo cual es especialmente útil; generan autoestima y aprehensión de valores importantes para vivir bien en sociedad, compartiendo con su familia y con otros menores y adultos de similar o diferente condición, ayudándolos a desarrollar aptitudes en múltiples esferas de actividad, fomentando su incorporación a la vida social, con derecho a las medidas destinadas a permitirles la mayor autonomía posible. Así las cosas, uno de los propósitos principales de las terapias alternativas es generar contextos estimulantes que puedan ayudar a impulsar el desarrollo de la inteligencia de las personas con discapacidad cognitiva.

También ha expresado esta Corporación que no cabe duda de que el retardo mental o déficit cognitivo, es una de las tantas alteraciones que derivan en discapacidad, razón más que suficiente para proteger a los niños, niñas, adolescentes o adultos, en tanto es patente la debilidad manifiesta en la que se encuentran; no hacerlo sería dejarlos en un plano de desigualdad, que resulta constitucionalmente inadmisibles. Sobre el punto, esta Corte sostuvo: [21]

“Así pues, el retardo mental constituye una condición de debilidad manifiesta que, desde la perspectiva constitucional, exige que la persona afectada sea objeto de medidas de protección especiales. Por lo anterior, cuando alguien que padece retardo mental encuentra afectada su salud física y acude a solicitar atención ante la entidad de seguridad social a la que se encuentra afiliado y de quien legalmente puede demandar protección, ésta debe

dispensarle un tratamiento preferencial. Preferencia que se concreta en el derecho a reclamar aquella atención que requiera para reestablecer su salud física, independientemente de si la prestación se encuentra o no incluida en el Plan obligatorio de salud que le corresponda.”

Por consiguiente, esta Corporación ha protegido en varias ocasiones a niñas, niños, adolescentes y adultos que deben recibir un tratamiento alternativo cuando padecen de algún tipo de enfermedad o discapacidad cognitiva, siendo obligadas las empresas promotoras de salud a prestar los servicios de salud necesarios, inclusive cuando los procedimientos, medicamentos o los tratamientos no estén cubiertos por el plan obligatorio de salud. Sobre este particular, en la providencia T-650 de septiembre 7 de 2009, se afirmó que “ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como aquellos relacionados con la salud sexual y reproductiva de manera gratuita salvo que puedan ser asumidos de su propio peculio”.

Así las cosas, la jurisprudencia ha señalado que en los casos en que una Entidad Promotora de Salud sea del Régimen Contributivo o Subsidiado niegue a una persona discapacitada el suministro de un medicamento, tratamiento, procedimiento o aditamento médico con fundamento en la exclusión de éste del Plan Obligatorio de Salud respectivo, y con ello se cause una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, la integridad física, y a la salud, el juez de tutela bajo el cumplimiento de ciertos criterios jurisprudenciales podrá, para dar aplicación directa a los mandatos constitucionales (art. 4 C.P.), disponer la inaplicación de las disposiciones del POS que prevén tal exclusión, y ordenar el servicio médico solicitado, garantizando con ello la eficacia del principio de integralidad.[22] Tales criterios son: (i) la falta del servicio médico afecta los derechos a la vida, la salud, la integridad personal y la seguridad social del solicitante; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido ordenado por un médico

adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio.

Ahora bien, en cuanto al último presupuesto que se refiere a la necesidad que el tratamiento haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de prestar el servicio médico, es necesario citar la sentencia T-760 de 2008 en la cual se mitigó dicho mandato en el siguiente sentido: "(...) el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto."

En este contexto, debe concluirse entonces que si bien el concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, no es exclusivo, pues la jurisprudencia ha reconocido la idoneidad de las órdenes de los profesionales de la salud, que hacen parte del Sistema.

De este modo, la Corte ha declarado que ocurre una violación del derecho a la salud con la negativa de prestar un servicio solo bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, cuando se cumplen los siguientes presupuestos: "(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente".[23] En estas circunstancias le corresponde al juez de tutela ordenar el servicio autorizado por el médico externo, o someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia (dependiendo de la gravedad del asunto), desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido aplicada por la Corte en múltiples oportunidades. Por ejemplo, en las sentencias T-435 de 2010, T-178 de 2011, T-872 de 2011 y T-927 de 2011, las entidades encargadas de prestar los servicios de salud a los actores les negaron

determinados procedimientos médicos, (exámenes diagnósticos, medicamentos, tratamientos, entre otros) argumentando que no habían sido ordenados por un profesional adscrito a la entidad. La Corte, en todos ellos, reiteró la regla arriba mencionada y como consecuencia tuteló los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de los interesados.

Particularmente, en la sentencia T-872 de 2011, el estudiar el caso de una menor que padecía disminuciones neurológicas, la Sala Segunda de Revisión de ésta Corporación sostuvo: “[a]un cuando no hay certeza de sí el médico neuropediatra Dr. Carlos A. Mora Ruiz, quien prescribió el tratamiento integral, sea un médico adscrito a Coomeva EPS, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que no se puede negar la prestación de un servicio médico sobre la base de que fue prescrito por un médico no adscrito a determinada EPS, pues sería imponer una barrera en el acceso al servicio de salud. Así, es deber de la EPS descartar con base en criterios técnicos y científicos la prescripción médica realizada por otro galeno”.

8. Premisas generales de solución a los casos bajo estudio

Los presentes casos se resuelven bajo las siguientes premisas de carácter general:

1. En diversas ocasiones, la Corte Constitucional ha establecido como regla general que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la protección de los derechos fundamentales a la salud de los niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad. En el caso objeto de estudio se encuentra acreditado que los menores de edad padecen de déficit cognitivo y retardo mental y necesitan que se le realice a uno el Plan Terapéutico Integral que incluye terapias físicas y comportamentales, para mejorar su calidad de vida y, al otro, tratamientos “hospital día”. Por lo tanto, en virtud de su condición de sujetos de especial protección constitucional y, ante la inexistencia de otros mecanismos ordinarios que garanticen efectivamente la defensa de los derechos invocados, la acción de tutela se abre paso como el mecanismo idóneo para invocar el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la educación.

2. Las acciones de tutela se presentaron por los respectivos padres de familia de los niños y por ende encuentra la Sala acreditada en ambos casos la legitimación en la causa por activa atendiendo el mandato del artículo 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991,

para solicitar la protección de los derechos fundamentales de los menores que, además, son personas con discapacidad.[24]

3. El derecho a la salud es un derecho fundamental y autónomo para toda la población.[25] En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido insistente al señalar que cuando la falta de un servicio médico excluido del POS amenaza o afecta el derecho a la salud de un usuario, procede la protección constitucional, excluyendo las disposiciones legales o reglamentarias que definen los contenidos fijos de los planes de beneficios.[26] No obstante, teniendo en cuenta la corta edad de quienes son peticionarios de esta tutela, y el consecuente estado de indefensión y discapacidad que se ha demostrado en el proceso, esta Corporación ha señalado que cualquier afectación a su salud reviste una mayor gravedad pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. De esta manera, en una aplicación garantista de la Constitución[27] y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud.[28]

4. Cuando los niños padecen de un retardo mental o déficit cognitivo como los dos casos estudiados, su protección reforzada encuentra asidero también en el mayor compromiso que tiene su enfermedad sobre su desarrollo.[29] Esta postura jurisprudencial encuentra eco en la Ley 1616 de dos mil trece (2013)[30] y en el Código de Infancia y Adolescencia,[31] que establecen que los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de atención integral y preferente en materia de salud mental. Por ende, los servicios médicos que requieran deben ser prestados de manera especialmente oportuna, suficiente, continua, pertinente y de fácil accesibilidad, incluyendo todas las etapas de atención desde la detección temprana y el diagnóstico, pasando por la intervención y cuidado, hasta la rehabilitación efectiva.

5. La sentencia C- 313 de 2014, que en términos generales declaró la exequibilidad de la Ley Estatutaria en materia de salud, se refirió al deber capital de garantizar la atención integral de los niños pues, tal obligación se corresponde con una adecuada estrategia para la consecución del goce efectivo del derecho. En este sentido citó como pertinentes las recomendaciones hechas por la O.M.S. en su informe de 2005 cuando, en el apartado sobre supervivencia, crecimiento y desarrollo de los menores de edad explicaba "(...) se supone

que la integración aborda la necesidad de garantizar la complementariedad de diversos servicios y estructuras administrativas interdependientes, de manera que sea más fácil alcanzar objetivos comunes”[32] . En dicho documento, se precisaban formas puntuales de realizar el cometido para hacer más efectiva la prestación del servicio. Una de estas vías es la combinación de un mayor número de intervenciones, según la cual los programas en atención sanitaria infantil, no deben centrarse en una sola cuestión, sino tratar de responder a las varias necesidades del niño o niña. Otra aludía a que el asunto de la salud en los menores, no depende solo de combatir los padecimientos, sino que implica considerar otras esferas del entorno de aquellos, la idea se resume en la frase “ocuparse de los niños, no solo de las enfermedades”.

6. La Sala responde las inquietudes de la empresa Caprecom EPS -S accionada en el proceso T - 4420456 cuando afirma que niega las terapias recomendadas porque están a medio camino entre la salud y la educación y no hacen parte del POS. Claramente lo que intenta decir la entidad es que las terapias que apuntan a mejorar problemas conductuales y de déficit cognitivos muchas veces sobrepasan la competencia de las entidades de salud para ubicarse más en el terreno de las garantías a la educación. Considera que evidentemente existe una incertidumbre acerca de si hay un límite o no que separe el derecho a la salud y el derecho a la educación de los niños y niñas en situación de discapacidad, teniendo en cuenta que regularmente su ámbito de protección se ha concedido bajo el principio de la integralidad del tratamiento, o bajo el argumento de que el derecho a la educación también puede contener aspectos que mejoren el estado de salud de las personas.

Por un lado, esta Corporación ha cobijado el derecho a la salud involucrando aspectos educativos, bajo el principio de la integralidad del tratamiento y, de otro lado, ha tutelado el derecho a la educación, reconociendo que éste puede contener aspectos que mejoren el estado de salud de los niños y niñas en situación de discapacidad[33]. No obstante, ha sido una forma de proteger los derechos de esta población en razón a la protección constitucional reforzada de que son sujetos, de acuerdo con los últimos lineamientos internacionales, que la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la educación de los niños y niñas en situación de discapacidad debe realizarse de forma independiente, aunque operan de forma armónica e interrelacionada.

9. Casos concretos

Los menores a nombre de quien se solicitan los amparos constitucionales padecen de déficit cognitivo y retardo mental, son, por ende, sujetos de especial protección constitucional y necesitan en el caso de la menor María Ángel Charris que se le realicen terapias de comportamiento y, en general un Plan Terapéutico Integral que incluya terapias físicas y comportamentales para mejorar su calidad de vida y, en el caso del niño Javier Jesús Acevedo Gómez, tratamientos “hospital día”. En el primer caso, se indica por parte de la EPS-S que las terapias no están en el POS y en el segundo, se aduce, que “no aplica” para el tratamiento “hospital día”.

Al tenor de las directrices expuestas cuando se trata de niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad, el derecho a la salud debe garantizarse de manera integral, aún respecto de aquellos tratamientos catalogados como NO-POS. La integralidad del servicio de salud debe entenderse como la prestación de todos los servicios que los niños y niñas requieran para el mejoramiento de su calidad de vida.

En el caso de la tutela T-4420456, una niña de 5 años requiere de las mencionadas terapias para mejorar su calidad de vida, razón por la cual, todo diagnóstico, tratamiento y terapias, tendientes a mejorar las limitaciones físicas, síquicas, emocionales o sensoriales, constituye un deber de quienes se encargan de la prestación del servicio público de salud y, si ésta desconoce el principio de integralidad, corresponde a las autoridades judiciales competentes salvaguardar los derechos fundamentales de la menor de edad.

De conformidad con los criterios expuestos, la Sala considera que en el caso concreto Caprecom EPS-S vulneró el derecho a la salud de la menor María Ángel Charris, persona constitucionalmente vulnerable dada su discapacidad y cuya madre, afiliada al sistema de seguridad social en régimen subsidiado, manifestó no tener los medios económicos para remunerar a los médicos particulares un tratamiento a largo plazo como el de su hija.

En efecto, la Sala constata que tanto el médico General Carlos Toro Idrovo como el especialista en neurología Pedro Pablo Barraza Mercado emitieron a favor de la menor paciente una orden de servicios consistente en la realización de terapias integrales de neurodesarrollo; las mencionadas órdenes se emiten a pesar de no estar adscritos a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a la menor; ambos son

profesionales que integran el sistema de salud, tienen tarjeta profesional y registro médico acreditado, por lo que están capacitados para conocer el caso de la niña y emitir una valoración; la institución demandada no respondió la tutela, no expuso razones científicas para desvirtuar tales dictámenes ni presentó alternativas médicas diferentes. De tal suerte, que los dictámenes médicos deben tenerse en cuenta por la EPS Caprecon en tanto no existen razones para oponerse a la práctica de las terapias descritas, si eventualmente el criterio de la accionada pueda ser el de excluir los exámenes médicos particulares.

Es menester entonces que a través de sus profesionales en salud, Caprecom tenga en cuenta los dictámenes médicos allegados por la madre de la menor y realice en el menor tiempo posible, las terapias que se requieren. La Sala revocará la sentencia proferida por el juez de primera y única instancia que negó el amparo solicitado y, en su lugar, ordenará la protección de los derechos fundamentales solicitada. Por consiguiente, ordenará a CAPRECOM EPS-S, tener en cuenta las órdenes médicas proferidas por médicos particulares y practicar a su cargo las terapias integrales a la niña María Ángel Charris con la salvedad de que si no existe alguna institución dentro de su red de servicios que pueda suministrar las terapias integrales prescritas, deberá contratar con alguna en el municipio que pueda proporcionar el servicio.

En el caso del expediente T-4410423, un niño de 15 años con retardo mental requiere un tratamiento de hospital día y Caprecom sostiene que el menor “no aplica” para ese tratamiento, en tanto no cuentan con espacio para menores de edad en esa opción hospitalaria.

La Sala constata igualmente que existe una orden médica proferida por un profesional adscrito a la entidad accionada que prescribe como parte del tratamiento para el menor la hospitalización día como una alternativa terapéutica de hospitalización parcial en muchas ocasiones para pacientes con enfermedades mentales; tal decisión claramente viola los derechos del menor a la salud y a ser diagnosticado y tratado en debida forma para paliar sus problemas físicos y mentales. La entidad no tuvo en cuenta la preceptiva del POS que claramente cubija la situación del accionante y violó de esa forma los derechos de una persona discapacitada que reclama especial protección del Estado.

En efecto, actualmente, mediante la Resolución 5521 de diciembre 27 de 2013, emitida por

el Ministerio de Salud y Protección Social, se definió, aclaró y actualizó integralmente el POS, estableciéndose también allí la atención en salud mental para personas entre 14 y 18 años de edad que padecen enfermedad mental, incluyendo la internación total o parcial hasta por 90 días continuos (art. 121[34]), la atención por psicoterapia ambulatoria para menores de edad entre 14 y 18 años (art. 122[35]) y la atención con internación en salud mental, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 123. ATENCIÓN CON INTERNACIÓN EN SALUD MENTAL. Para las personas de 14 años a menores de 18 años víctimas de violencia intrafamiliar, abuso sexual, trastornos alimentarios como anorexia o bulimia, casos de uso de sustancias psicoactivas, y personas menores con discapacidad, sin que sea acumulable con lo dispuesto en el artículo 121 la cobertura del POS será así:

En la fase aguda, la cobertura de la hospitalización podrá extenderse hasta 180 días, continuos o discontinuos por año calendario.

En caso de que el trastorno o enfermedad mental ponga en peligro la vida o integridad del paciente, la de sus familiares o la comunidad, la cobertura de la internación será durante el periodo que considere necesario el o los profesionales tratantes.

Por lo anterior, es claro que la entidad puede y debe realizar el tratamiento recomendado al menor de edad, sujeto de especial protección constitucional y que merece un tratamiento privilegiado del Estado. Bajo la modalidad de hospitalización día debe procederse al tratamiento que indique el médico tratante, sabiendo que debe igualmente cubrir de manera integral todo lo que el menor necesita para su recuperación. En este caso se revocará igualmente la sentencia de primera y única instancia para dar paso a la protección demandada. De esta manera, reitera la Corte precedentes de esta misma Sala contenidos en los casos de las sentencias T-972 de 2011 y T-554 de 2013.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 23 de abril de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla dentro del expediente T- 4420456. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la salud y a la vida de María Ángel Charris Cariaga. En consecuencia, se ORDENA a CAPRECOM EPS-S, Seccional Barraquilla, que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, a través de sus profesionales en salud, tenga en cuenta las órdenes médicas allegadas por la madre de la menor y le practique a la niña las terapias integrales con la salvedad de que si no existe alguna institución dentro de su red de servicios que pueda suministrar las terapias integrales señaladas por los médicos, deberá contratar con alguna en el municipio que pueda proporcionar el servicio.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el 5 de marzo de 2014 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Barranquilla dentro del expediente T- 4410423. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la salud y a la vida de Javier Jesús Acevedo Gómez. En consecuencia, se ORDENA a CAPRECOM EPS, Seccional Barraquilla, que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, le autorice la inclusión en el programa hospital día con la salvedad de que de no existir ninguna institución dentro de su plan de servicios que pueda suministrar esta alternativa de tratamiento, deberá la entidad contratar con alguna institución, dentro del municipio, que pueda realizarlas.

TERCERO.- Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

[1] folio del expediente.

[2] Folio 10 del expediente.

[3] T- 234 de 2013 y T- 316 A de 2013.

[4] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[5] “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[6] Al respecto, ver la sentencia T-316A de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[7] Ibídem.

[9] T- 084 de 2011 MP, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[10] M.P. Jaime Araújo Rentería.

[11] El carácter fundamental del derecho a la salud ha sido ratificado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos entre los cuales pueden mencionarse las sentencias SU-043 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz, T-819 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-801 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T- 265 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería; T-928 A de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-1279 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-786 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T- 355 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-557 de 2003. M.P. Clara Inés Varas Hernández.

[12] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-338 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.

[13] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-695 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[14] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[15] Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[16] Ver Sentencia T-799 de 2006. En la misma fue definido que el derecho a la salud es “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como mental”. Así mismo, se refirió a la atención prioritaria de la cual son beneficiarios los menores.

[17] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-695 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[18] M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

[19] MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

[20] T-864 de 2012.

[21] T-478 DE 2008.

[22] Ibídem.

[23] T- 025 de 2013.

[24] Sentencia T-974 de 2010, MP, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[25] Ver Sentencias T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-209 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), entre muchas otras.

[26] Ver Sentencias T-704 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-037 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-964 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-036 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[27] El artículo 44 de la Constitución Política enuncia: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, [...]. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

[28] Ver Sentencias T-557 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-973 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-324 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-021 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-478 de 2012 (M.P.(e) Adriana María Guillén Arango), T-036 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), Sentencias T-209 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-298 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo).

[29] Ver Sentencias T-258A de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-209 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[30] Ley 1616 de 2013, por medio de la cual se expide la Ley de salud mental y se dictan otras disposiciones, artículo 25 de la Ley 1616 de 2013.

[31] Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, artículos 8, 9, 17, 27 y 36.

[32] O.M.S. Informe Sobre la salud en el mundo 2005. Cada madre y cada niño contarán! P. 117

[33] Sentencia T-974 de 2010, MP, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[34] "ARTÍCULO 121. ATENCIÓN EN SALUD MENTAL. Para la atención de personas de 14 años a menores de 18 años con trastorno o enfermedad mental de cualquier tipo o etiología, se cubren todos los procedimientos y medicamentos establecidos en el Plan Obligatorio de Salud, incluyendo la internación total o parcial (hospital día).

En la fase aguda, la cobertura de la hospitalización podrá extenderse hasta 90 días, continuos o discontinuos por año calendario.

En caso de que el trastorno o enfermedad mental ponga en peligro la vida o integridad del paciente, la de sus familiares o la comunidad, la cobertura de la internación será durante el periodo que considere necesario el o los profesionales tratantes.

Sin perjuicio del criterio del profesional tratante, el paciente con trastorno o enfermedad mental, se manejará de preferencia en el programa de internación parcial u hospital día, según la normatividad vigente y en servicios debidamente habilitados para tal fin.

Adicionalmente se cubre la atención ambulatoria con psicoterapia individual o grupal, independientemente de la fase en que se encuentra la enfermedad, así:

1. Hasta treinta (30) sesiones de psicoterapia individual en total por psicólogo y médico especialista competentes, durante el año calendario.

2. Hasta treinta (30) terapias grupales, familiares y de pareja en total por psicólogo y médico especialista competentes, durante el año calendario.” (No está en negrilla en el texto original).

[35] “ARTÍCULO 122. PSICOTERAPIA AMBULATORIA. Para las personas de 14 años a menores de 18 años víctimas de violencia intrafamiliar, abuso sexual, trastornos alimentarios como anorexia o bulimia, casos de uso de sustancias psicoactivas, y personas menores con discapacidad, sin que sea acumulable con lo dispuesto en el artículo 121 la cobertura del POS será así:

1. Hasta sesenta (60) sesiones de psicoterapia individual, en total por psicólogo y médico especialista competentes, durante el año calendario.

2. Hasta sesenta (60) terapias grupales, familiares y de pareja, en total por psicólogo y médico especialista competentes, durante el año calendario.”