Sentencia T-807/13

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

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.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD MEDICA RESPECTO DE MENORES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Integralidad y accesibilidad en la prestación del servicio

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

Tratándose 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, ya que este no solamente se circunscribe a la atención de una dolencia física sino que también incluye el concepto de bienestar en un sentido amplio con todos aquellos componentes que eleven el nivel de vida de las personas.

REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE PROCEDENCIA DE ACCION DE TUTELA PARA OBTENER PRESTACIONES EXCLUIDAS DEL POS-Reiteración de jurisprudencia

VALIDEZ DEL CONCEPTO EMITIDO POR MEDICO NO ADSCRITO A EPS-Reiteración de jurisprudencia

PRESTACION DE TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS-La EPS no está autorizada a rechazar de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad

Una orden de un médico tratante que no se encuentre adscrito a determinada E.P.S. no es por sí misma una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud. Ello puede convertirse en una barrera injustificada de acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento del dictamen dado por el médico externo a ella, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o pueda resultar lesivo. 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.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministre, previa valoración del médico adscrito, terapias A.B.A

Referencia: expedientes 3.956.746, T-3.969.622 y T-3.969.714.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro de los procesos radicados bajo los números T-3.956.746, T-3.696.622 y T-3.969.714, que fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia en el Auto de la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional del dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013), notificado el nueve (9) de agosto de dos mil trece (2013), para ser fallados en una sola sentencia.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, las pruebas y la decisión judicial de cada uno de los expedientes:

I. ANTECEDENTES

1. EXPEDIENTE T-3.956.746

La señora Patricia Isabel Pacheco Pulgar, mediante apoderado instauró acción de tutela contra SALUDTOTAL E.P.S., por considerar que la decisión que le niega el tratamiento especializado a su menor hijo vulnera sus derechos fundamentales a la salud, al tratamiento integral y a la vida en condiciones dignas, con base en los siguientes

1.1. Hechos:

El menor Daniel Felipe Sandoval Pacheco se encuentra afiliado a la E.P.S. SALUDTOTAL, en el régimen subsidiado, en calidad de beneficiario de su madre. Padece una enfermedad llamada “Trastorno hiperkinetico – Déficit de atención”[1].

Debido al precario estado de salud de su hijo y al poco mejoramiento que ha logrado con los tratamientos formulados por los médicos adscritos a la red de servicios de SALUDTOTAL E.P.S., buscó la opinión de un médico neurocirujano particular, quien trabaja en la IPS Servicio Médico Asistencial S.A.S. (SIMA).

Una vez culminada la consulta se determinó que el paciente requería para mejorar sus destrezas funcionales y sociales de un tratamiento consistente en “terapia comportamental A.B.A., con el fin de estimular y reafirmar los comportamientos adecuados, además de extinguir o eliminar los inapropiados”[2]

Afirmó que gracias al apoyo económico de sus familiares logró que su hijo iniciara las terapias tipo ABA, en el centro especializado SIMA[3] desde el mes de noviembre de 2012, lo cual ha generado un importante progreso en su conducta e interrelación con las demás personas.

El 19 de diciembre de 2012, presentó una petición ante la E.P.S., mediante la cual solicitó la autorización del tratamiento ordenado por el médico neurocirujano[4].

Indicó que su solicitud fue negada, en razón a que "(…) el Centro de Servicios SIMA, no hace parte de la red de prestadores de servicios de Salud Total[5].

Alegó la madre que debido a su precaria situación económica no puede asumir el costo de las terapias que requiere su hijo.

Ante esta situación instauró acción de tutela con la pretensión de lograr que se protejan los derechos fundamentales a la vida digna, la salud, la seguridad social y la integridad personal de su hijo y, en consecuencia, solicita se ordene a SALUDTOTAL E.P.S. la práctica de los tratamientos anteriormente descritos, en el Centro de Servicio Integral Médico Asistencial S.A.S. (SIMA).

1.1. Actuaciones del Juez de primera instancia.

Mediante auto de fecha 1 de marzo de 2013, el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Malambo, decidió admitir la acción de tutela y vincular a SALUDTOTAL E.P.S., para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda[6].

1.3. Respuesta de la entidad accionada.

El 5 de marzo de 2013, a través de oficio 2013-0034, el representante legal de SALUTOTAL EPS manifestó por qué razones debía declararse improcedente la acción de tutela. Declaró que los servicios solicitados por la madre del accionante en su mayoría son educativos, por lo cual es desacertado exigir la práctica de los tratamientos a dicha entidad[7].

Finalmente advirtió que "las terapias ABA, no se encuentran incluidas en el POS, ni pueden ser autorizadas por el comité técnico (…)".

1.4. Decisión judicial objeto de revisión

Decisión de primera instancia

El Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Malambo, mediante providencia del 18 de marzo de 2013, tuteló los derechos a la salud, la vida digna y el tratamiento integral, al considerar que el menor hijo de la tutelante requería el tratamiento de terapias tipo A.B.A. para su recuperación. Por tal razón le ordenó a la entidad accionada la autorización de las terapias requeridas por el menor Daniel Felipe Sandoval Pacheco[8].

La entidad accionada impugnó la sentencia de primera instancia[9].

Decisión de segunda instancia

El Juzgado 1° Civil del Circuito de Soledad (Atlántico), mediante providencia del 3 de mayo de 2013, revocó la decisión del a-quo, al considerar que la EPS no ha tenido ningún "(…) actuar omisivo, negligente o negativo (…) con lo cual no se coloca en riesgo o amenaza las garantías constitucionales" del menor, comoquiera que los médicos de la accionada "(…)

han ordenado los tratamientos más idóneos para la patología que presenta el menor, y considera que las terapias comportamentales tipo ABA no son los más procedentes debido a su naturaleza netamente educativa”[10].

2. EXPEDIENTE T-3.969.622

La señora Siomara Judith Rodríguez Rodríguez, mediante apoderado instauró acción de tutela contra MUTUAL SER E.P.S-S., por considerar que la decisión que le niega el tratamiento especializado a su menor hija vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social en conexidad con la vida en condiciones dignas y justas y a la integridad personal, con base en los siguientes

Hechos:

La menor Celis Johana Reales Rodríguez se encuentra afiliada a la E.P.S.-S MUTUAL SER, en el régimen subsidiado, en calidad de beneficiaria de su madre. Padece una enfermedad llamada “Síndrome de trisomía (Síndrome de Down)”[11].

Afirmó que el 9 de enero de 2013, presentó una petición ante la E.P.S., mediante la cual solicitó la autorización de terapias psicológicas, fisioterapéuticas y fonoaudiológicas por el método ABA (análisis conductual aplicado), tratamiento ordenado por el médico neurocirujano Dr. Dieb Malof de la clínica La Misericordia, no adscrito a la entidad accionada[12].

Indicó que la EPS negó su solicitud, por cuanto posee una red articulada de prestadores de servicios que podrían tratar el caso del menor[13].

Manifestó la madre que la Fundación Hagamos es la única institución especializada en terapias por el método ABA, en el municipio en donde vive con su menor hijo.

Agregó que no posee recursos económicos para asumir el costo del tratamiento que necesita su hijo.

2.2. Actuaciones del Juez de primera instancia.

Mediante auto de fecha 14 de febrero de 2013, el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Candelaria (Atlántico), decidió admitir la acción de tutela y vincular a MUTUAL SER E.P.S.-S, para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda[14].

2.3. Respuesta de la entidad accionada.

El 20 de febrero de 2013, a través de oficio 2013-0034, el representante legal de SALUTOTAL EPS manifestó que los servicios solicitados por la madre del accionante en su mayoría son educativos, por lo cual es desacertado exigir la práctica de los tratamientos a dicha entidad[15].

Igualmente, la E.P.S. accionada consideró que “el único concepto médico válido es el emitido por un médico adscrito a MUTUAL EPS y no el emitido por un médico particular”[16]

2.4. Decisión judicial objeto de revisión

Decisión de primera instancia

El Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Candelaria, mediante providencia del 28 de febrero de 2013, tuteló los derechos a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y justas y a la integridad personal, al considerar que a la menor hija de la tutelante requería el tratamiento de terapias tipo A.B.A. para su recuperación. Por tal razón le ordenó a la entidad accionada autorizar las terapias requeridas por la menor Celis Johana Reales Rodríguez[17].

La entidad accionada impugnó la sentencia de primera instancia[18].

Decisión de segunda instancia

3. EXPEDIENTE T-3.969.714

La señora Dianis Arlex Puerta Palencia, instauró acción de tutela contra COMPARTA E.P.S-S., por considerar que la decisión que le niega el tratamiento especializado a su menor hijo Luis Miguel Guerrero Puerta, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y al derecho de los niños, con base en los siguientes

Hechos:

El menor Luis Miguel Guerrero Puerta se encuentra afiliado a la E.P.S. COMPARTA E.P.S-S., en el régimen subsidiado, en calidad de beneficiario de su madre, desde el 1 de octubre de 2009, quien padece una discapacidad física.

Afirmó que el 8 de septiembre de 2013 llevó a su hijo a una cita médica particular y le diagnosticaron "retardo pasicomotor severo, paraparesia espástica, secuela de infarto cerebral, hipoxia cerebral secundaria a prematurez"[20]. Se le ordenó como tratamiento médico 30 sesiones de terapia ocupacional y 30 sesiones de terapia física por el método ABA.[21].

Indicó que el 13 de septiembre de 2012, presentó una petición ante la E.P.S., mediante la cual solicitó la autorización de terapias ordenadas por el médico externo en la ciudad del Banco Magdalena, puesto que trasladarse hasta Santa Marta generaría un gasto aún mayor el cual no puede solventar, debido a su precaria situación económica[22].

. Indicó que su solicitud fue negada por la EPS al considerar que las terapias tipo A.B.A. se encuentran excluidas del POS. Además porque "(…) es una labor de educación y esta labor no le compete a los servicios contratados por la EPS-S Comparta que se rige solo y exclusivamente a brindar y asegurar los servicios de salud (…)"[23].

Actuaciones del Juez de primera instancia.

Mediante auto de fecha 4 de marzo de 2013, el Juzgado 1° Promiscuo Municipal del Banco Magdalena, decidió admitir la acción de tutela y vincular a COMPARTA E.P.S-S., para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda[24].

Respuesta de la entidad accionada.

Decisión judicial objeto de revisión

Decisión de primera instancia

El Juzgado 1° Promiscuo Municipal del Banco (Magdalena), mediante providencia del 22 de marzo de 2013, negó el amparo solicitado, al considerar que la acción interpuesta era improcedente, comoquiera que el tratamiento solicitado no fue ordenado por un médico adscrito o vinculado a la EPS accionada.[26].

No se impugnó la sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico.

Las acciones de tutela que se revisan plantean en términos generales la necesidad de amparar los derechos de los menores con discapacidad, quienes requieren una serie de tratamientos integrales para mejorar sus condiciones de vida y carecen de medios económicos para costearlos. Sin embargo las EPS de cada uno de ellos, no han practicado los procedimientos requeridos, aduciendo: (i) la exclusión de los mismos del POS en razón al presunto carácter educativo de los tratamientos tipo ABA y (ii) que el médico que prescribió no se encuentra inscrito en la red de prestadores adscritos a las respectivas EPS.

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a la Corte dar solución al siguiente problema jurídico:

¿Se desconocen los derechos fundamentales de los menores con discapacidad a la vida digna, la salud, la seguridad social, a la integridad y a los derechos de niños, cuando una EPS no practica un tratamiento terapéutico por el hecho de haber sido ordenado por un médico no adscrito a la entidad, ó porque dicho tratamiento se encuentra excluido del POS ó porque en concepto de las EPS se trata de un procedimiento de carácter educativo y no médico como sería el caso de los tratamientos ABA?

Para resolver el problema jurídico, la Sala reiterará la jurisprudencia que esta Corporación ha proferido respecto del conflicto entre los procedimientos autorizados por las EPS y los tratamientos médicos excluidos de POS e indicados por galenos ajenos a las EPS. Para lo cual se analizará el conflicto constitucional generado por (i) el carácter de las terapias ABA, (ii) El derecho fundamental a la salud de los niños con discapacidad. Los principios que rigen la actividad médica respecto a los menores discapacitados. La protección por medio de la acción de tutela cuando quienes se encuentran en condición de discapacidad carezcan de

recursos económicos y (iii) la validez del concepto emitido por un médico no adscrito a la EPS.

3. Análisis de la Sala. El carácter de las terapias ABA, según la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Esta Corporación, reiteradamente[27] ha analizado el tema referido[28], en un primer momento, al tener en cuenta la protección constitucional, legal e internacional existente en el sentido de rodear a las personas con discapacidad con todos los beneficios que les permitan gozar de un estado completo de bienestar físico, mental, emocional y social y en especial adoptar medidas a favor de quienes por sus condiciones de discapacitados son sujetos de especial protección constitucional[29], y en segundo momento al estudiar el carácter de las terapias ABA, en el sentido de identificar el campo de acción en que se encuentra su desarrollo; es decir si está en la orbita del derecho a la educación como lo aducen las EPS accionadas, o en la del derecho a la salud. Esta providencia pretende hacer una recopilación detallada de todo sobre lo que el tema se ha dicho.

Al respecto, la Corte Constitucional[30] ha manifestado que el derecho a la educación de los niños es de carácter fundamental y además es un servicio de vital importancia para sociedades como la nuestra, por su relación con la erradicación de la pobreza, el desarrollo humano y la construcción de una sociedad democrática. Sin embargo, no podría entenderse que la terapias tipo ABA tengan solamente un componente educativo y no de Salud o viceversa.

Así lo ha entendido ésta Corporación al establecer que en virtud del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud de los niños y niñas con discapacidad, el derecho a la salud también abarca aspectos educativos y existe una corresponsabilidad entre los dos servicios públicos en pro de garantizar la protección de sus derechos fundamentales.

Sobre el particular, en la providencia T-974 de noviembre 30 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó que:

¿Cuál es la responsabilidad de las EPS cuando se ordena el tratamiento integral de un niño en situación de discapacidad?

En este caso, hay una relación muy cercana entre los derechos a la salud y a la educación. Aunque en el parecer del ad-quem la educación especial prescrita por la médica tratante hace parte de un proceso esencial y necesario para el tratamiento de la discapacidad cognitiva de la hija de la peticionaria, ya quedo visto que en consonancia con los instrumentos internacionales debe asegurarse el goce pleno y efectivo de todos los derechos de la población en situación de discapacidad, pero reconociendo la complementariedad entre unas y otras garantías. En el caso concreto existe una interrelación e interdependencia entre el derecho a la salud y el derecho a la educación, por lo cual debe procederse a la protección de cada uno de estos derechos de forma autónoma.

Cabe advertir que la normatividad nacional actual, Decreto 366 de 2009 y los instrumentos

internacionales acerca de la protección que debe brindarse a la población con discapacidad es clara: existen diferencias entre la atención integral en salud y el derecho a la educación, pero ello no implica que los dos sistemas no brinden su cooperación para promover la realización efectiva de los derechos fundamentales. Se reitera que aunque en el caso concreto el derecho a la salud y el derecho a la educación se inter-relacionan y se complementan, cada una de estas áreas debe ser atendida por la entidad competente. Lo anterior obedece a que la discapacidad no sólo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca, tratándose de la hija de la actora, el reconocimiento del derecho a una educación inclusiva.

Es decir, en este caso existe una corresponsabilidad entre dos entidades que prestan servicios públicos diferentes (…)"

(…)

" (…) no existe un trabajo armónico entre los sectores de salud y educación sobre la manera cómo deben protegerse los derechos de las personas con discapacidad, hecho que limita el ejercicio de las garantías de esta población como sujetos plenos, titulares de derechos", e instó "al Ministerio de Educación Nacional y al Ministerio de la Protección Social para que establezcan una mesa de trabajo, la cual deberá conformarse con la participación de la Procuraduría General de la Nación y con miembros de la sociedad civil como por ejemplo instituciones educativas que tengan observatorios y/o grupos de investigación sobre los derechos de las personas con discapacidad y en otras áreas del conocimiento, ONG´s, asociaciones de padres de familia que tengan hijos con discapacidades, entre otras, con el fin de que adopten las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, y para asegurar la realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en especial de los niños y niñas"(Subrayas y negrita fuera del texto).

Así mismo, en la providencia T-765 de 2011 se determinó lo siguiente:

"En esa ocasión, el actor solicitó a la EPS continuar el tratamiento, que había sido suspendido al ser negada la petición. La Corte consideró que el comportamiento de la EPS era violatorio de los derechos fundamentales del niño y ordenó adoptar "las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, el médico tratante… determine la institución más idónea y especializada para el tratamiento del autismo que padece, con el fin de la lograr la educación terapia e integración social del menor. En este sentido, si la EPS… no contara dentro de sus IPS adscritas con una Institución de idénticas calidades, especialidad e idoneidad de la Fundación…, el médico tratante deberá ordenar el tratamiento especializado en la Fundación…" (negrilla fuera del texto original).

De igual manera, la sentencia T-765 de 2011 definió lo siguiente:

Como puede entonces observarse, se analiza la protección a un grupo de personas en situación de discapacidad, que no solo por tal condición, sino por ser la mayoría menores de edad, resultan sujetos de protección especial constitucional. En efecto la negativa de suministrarles el tratamiento necesario para mejorar su calidad de vida, desconoce sus

derechos fundamentales a la salud, la dignidad humana y a la igualdad, en consecuencia, y al ser reiterada en sede constitucional la advertencia a las diferentes entidades prestadoras del servicio de salud y para estos casos en particular compuestos por la promoción y desarrollo en salud y en educación, la Sala detecta un vacío frente al manejo que se le debe dar a este tipo de población, puesto que los ya referidos componentes en los niños, niñas y adolescentes tienen que ser trabajados conjuntamente por el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación, pues si bien es cierto se reconoce la intención de regular la prestación del servicio, también lo es la falencia en la división de disciplinas para el trato del mismo (negrilla fuera del texto original).

En otro caso similar a los aquí analizados[31], ésta Corporación solicitó el concepto de expertos sobre el carácter de las terapias tipo ABA, y determinaron la obligación de las EPS de asumir estos tratamientos en virtud a su alto componente médico[32].

Sobre el particular la Decanatura de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes ante la siguiente pregunta, expresó:

"¿Existen estudios e investigaciones que permitan delimitar cuales de los tratamientos especializados anteriormente aludidos[33] pertenecen al campo de la medicina y cuales a la esfera de la pedagogía?

A ella contestó: "La respuesta es muy clara, la única intervención pedagógica corresponde a la del numeral (11) psicopedagogía, pero la psicopedagogía no es un tratamiento especializado, es una disciplina que junto con la educación especial realiza intervenciones pedagógicas en los niños con problemas de aprendizaje o de diferentes discapacidades, para el logro de las competencias requeridas para una vida lo más independiente posible".

"un programa básico de Rehabilitación integral, y tiene las actividades de consulta por un especialista de Medicina Física y Rehabilitación (Médico Fisiatra), quien es el encargado de hacer el diagnóstico médico y de rehabilitación, así como de articular los objetivos terapéuticos con otros especialistas del área médica, y articularse con el equipo interdisciplinario de rehabilitación, conformado principalmente por las siguientes disciplinas. Terapia Física (para tratamiento de problemas de movimiento y postura), Terapia ocupacional (para favorecer independencia en actividades de vida diaria), Fonoaudiología o Terapia del Lenguaje (para favorecer los procesos de comunicación tales como lenguaje, el habla y la voz; así como para mejorar la regulación y los problemas de la voz), Psicología (para realización de pruebas de inteligencia y otras que sean necesarias), Trabajo Social (para favorecer los procesos de inclusión).

Cada uno de estos miembros del equipo de rehabilitación es un profesional de la salud, con un proceso formativo de en promedio diez semestres de formación, lo que garantiza su idoneidad para realizar terapias específicas, de acuerdo con los objetivos propuestos en el programa de rehabilitación integral.

(…)

Las técnicas de (2) equinoterapia; (3) acuaterapia (hidroterapia); (4) musicoterapia (que

hace parte de la llamada arte terapia); (5) terapia asistida con perros, son modalidades de intervención Terapéutica no convencionales que persiguen objetivos claros y específicos, todas estas tienen asociaciones internacionales que acreditan y garantizan estándares básicos de calidad y de seguridad en las intervenciones (en Colombia no hay una reglamentación de estas modalidades y cualquier persona puede abrir un centro para las mismas sin ningún medio de control)[34].

Así las cosas, en virtud del principio de integralidad y en desarrollo de la jurisprudencia de esta corporación, referente al manejo de los niños en situación de discapacidad, su recuperación, habilitación y rehabilitación se entiende que el tratamiento debe contener todos los elementos óptimos, tanto del orden de salud como de educación, según se requiera.

4. El derecho fundamental a la salud de los niños con discapacidad. Los principios que rigen la actividad médica respecto a los menores discapacitados. La protección por medio de la acción de tutela cuando quienes se encuentran en condición de discapacidad carezcan de recursos económicos.

El derecho fundamental a la salud de los niños con discapacidad.

La Constitución Política consagró en su artículo 44 un catálogo de derechos que protegen a todos los menores de edad, entre estos se destacan, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el cuidado y la educación. Este tribunal ha desarrollado paulatinamente su naturaleza, alcance y obligaciones a través de su jurisprudencia, como se explicará sucintamente a continuación.

En la sentencia T-084 de 2011 esta corporación determinó que la salvaguardia del derecho fundamental a la salud adquiere una mayor relevancia jurídica cuando se está en presencia de menores de edad. En este sentido expuso:

“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 puedan vulnerarlos o ponerlos en peligro. (…) es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.”

Igualmente, en relación con el derecho a la seguridad social de los niños, ha de tenerse en cuenta que el artículo 44 de la Constitución Política consagra la defensa inmediata de sus derechos, frente a quien de alguna manera pueda ponerlos en peligro. En este sentido las sentencias T-408 de 1995 y T-893 de 2010 dispusieron que:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado menos que los demás y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo.[35]”

“el derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales”.[36]

Cabe señalar igualmente que la Corte Constitucional ha establecido en reiterados fallos la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños en desarrollo de los postulados contenidos en los artículos 13 y 48 de la Carta. Sobre el particular señaló:

“El derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente”[37].

“La protección del derecho fundamental a la salud de los niños, no sólo obedece al reconocimiento de su condición de sujeto de especial protección constitucional -dada la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran-, sino a la necesidad de que la familia, la sociedad y el Estado den cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad que orientan la construcción del Estado Social de Derecho”[38]

“La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de ‘fundamental’,[39] debe ser protegido de forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea vulnerado”.[40]

La anterior postura refleja cómo la Constitución buscó consagrar una diferenciación entre el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños frente a los demás asociados. Esta actitud corresponde, además, a la obligación que el constituyente impuso al Estado de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva.

En concordancia con esta línea jurídica, en la sentencia C-507 de 2004[41] la Corte reconoció que los derechos fundamentales de los niños se caracterizan por ser derechos de

protección y que en tal sentido, implican la adopción necesaria de una serie de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Por tal razón, deben cobijar la esfera intelectual, afectiva, deportiva, social y cultural de los menores, como dimensiones que forman parte del desarrollo integral de la persona.

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal ha manifestado desde sus primeras sentencias que la protección a las necesidades de los menores con discapacidad, es en gran medida el desarrollo de los postulados de solidaridad y dignidad humana. Al respecto en la sentencia T-298 de 1994, expresó lo siguiente:

"La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). (…) Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia.

(…)

Los disminuidos físicos o mentales, en cierta medida, por su falta de autonomía, están inexorablemente supeditados a los demás, y si la sociedad no responde a su muda convocatoria de solidaridad, se ven abocados a su destrucción o a los padecimientos más crueles. Una sociedad democrática construida sobre el respeto a la dignidad humana, arriesga abdicar de sus propios principios y de toda pretensión de justicia, si desoye el llamado de sus miembros más débiles."

En el mismo sentido, recientemente la sentencia T-258A de 2012 determinó que:

" (…) la salud y particularmente la de niños, niñas y adolescentes está erigida como derecho fundamental, siendo manifiesto el deber de protección especial cuando padecen de alguna situación de discapacidad, por virtud de los artículos 13, 44 y 47 de la carta, es posible reafirmar que el estudio que el juez de tutela efectúe sobre la viabilidad jurídica del otorgamiento de un tratamiento integral y/o especializado no incluido en el POS, encaminado a lograr la recuperación del niño en sus condiciones de salud, resultará mucho menos estricto respecto del que se haría en caso de tratarse de un sujeto de derecho de otras condiciones".

Así mismo, la sentencia T-374 de 2013 concluyó que:

“(…) la salud de los niños se erige como un derecho fundamental autónomo y que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra doblemente obligado a ofrecer todos los medios que se encuentren a su alcance para obtener la plena garantía de los derechos consagrados en el artículo 44 superior”. (Negrita fuera del texto).

Los principios que rigen la actividad médica respecto a los menores discapacitados[42].

El principio de integralidad respecto de tratamientos médicos.

De conformidad con la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, la seguridad social en salud en Colombia se rige por el principio de atención integral, lo que se ve reflejado en los contenidos del plan obligatorio de salud.

Según este principio las personas afiliadas al sistema de seguridad social tienen derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud, y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, lo que significa que las Empresas Promotoras están obligadas a prestar estos servicios a sus afiliados y a los beneficiarios de estos últimos[43].

En desarrollo de lo anterior, este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-654 de 2010:

“(…) el principio de integralidad implica que la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones. En tal dimensión, el tratamiento integral debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”.

En el mismo sentido la Corte ha sido clara al señalar que en virtud al principio de integralidad, el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce únicamente al que está dirigido a obtener su curación, ya que la persona tiene derecho a recibir todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.

“En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no sólo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas[44]”.

Igualmente esta corporación, mediante sentencia T-224 de 1997, ha reiterado que:

“el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anomalías en la salud, aun cuando no

tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad."

Lo anterior obedece a que la enfermedad no sólo debe tratarse desde el punto de vista médico sino desde una perspectiva integral, que abarca todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar las habilidades funcionales, mentales y sociales del paciente.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la relación existente entre la integralidad de prestaciones que deben suministrársele a un paciente y el deber de garantizar el mayor estado de salud posible a las personas discapacitadas, teniendo en cuenta que este lo constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades[45].

Visto esto, el principio de integralidad adquiere un carácter reforzado en materia de tratamientos a menores con discapacidad. Así lo consideró la Corte en sentencia T-179 de 2000:

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

Igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la necesidad de ordenar la práctica de tratamientos que contribuyan a la rehabilitación del menor, no deben anteponerse cuestiones de carácter administrativo o competencial. Sobre el particular en sentencia T-201 de 2007, reiterando el fallo T-862 de 2007, resaltó que: "(...) tratándose de menores con discapacidad el Estado tiene la obligación de brindar un tratamiento integral dirigido a alcanzar la integración social del menor. En esta medida, no solamente debe ofrecerse al infante todos los medios disponibles con el propósito de lograr su rehabilitación, teniendo en consideración, además, que este proceso puede tener ingredientes tanto médicos como educativos".

En el mismo sentido se ha considerado que el principio de integralidad no solo está vinculado a tratamientos de carácter medicinal, ya que la rehabilitación maneja varios aspectos recreacionales, sociales y educativos. La sentencia T-087 de 2005 dijo al respecto:

"(..)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."

Así las cosas, siguiendo este mismo precedente, en la sentencia T-920 de 2000 la Corte tuteló el derecho de unos menores afectados por parálisis cerebral y retardo mental, a quienes el ISS les suspendió el tratamiento de rehabilitación integral que les prestaba, para lo cual afirmó lo siguiente: "La existencia de la exclusión que señala el ISS-EPS no es objeto de discusión. Con todo, cabe hacer distintas precisiones. Así, por una parte, no es claro que el tratamiento de rehabilitación que se prestaba a los menores no fuera necesario para el manejo médico de sus enfermedades y de sus secuelas. Sin embargo, podría aceptarse que la integralidad del tratamiento abarca elementos de distinto orden, con lo cual se hace difícil, sino imposible, ubicar la pertenencia del mismo a una determinada área de trabajo o del conocimiento".

A la par este tribunal en desarrollo del principio de integralidad y en aras de resguardar la vida e integridad de las personas, ha dispuesto en reiteradas ocasiones que se garantice el acceso de las personas a los servicios de salud que requieren con necesidad, independientemente de si dichos tratamientos hace parte o no del POS.

Al respecto, mediante sentencia T-1022 de 2005 la Corte Constitucional fijó varias reglas que deben aplicarse a los pacientes que soliciten el acceso a servicios de salud que no estén incluidos en el POS:

"Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando "(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente 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 servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo."[46] (…) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,[47] como en el régimen subsidiado,[48] indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,[49] a la enfermedad que padece la persona[50] o al tipo de servicio que esta requiere."[51]"[52]"[53]

La Corte Constitucional ha precisado que de cumplirse con los requisitos antes mencionados, la EPS en virtud del principio de integralidad se verá obligada a proporcionar todas las medidas de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, así estas no se encuentren incluidas dentro del plan obligatorio de salud[54].

Así las cosas, se puede afirmar que tratándose 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, ya que este no solamente se circunscribe a la atención de una dolencia física sino que también incluye el concepto de

bienestar en un sentido amplio con todos aquellos componentes que eleven el nivel de vida de las personas.

El principio de accesibilidad en la prestación del servicio[55].

El principio de accesibilidad fue explicado en la sentencia T-739 de 2004, como una de las obligaciones emanadas del Pacto de Derechos Civiles Económicos y Culturales a partir de la interpretación que su Comité ha hecho del mismo. Dijo entonces la Corte:

"La accesibilidad comprende, en criterio del Comité, (i) la prohibición que se ejerza discriminación alguna en el acceso a los servicios de salud, lo que contrae, a su vez, la determinación de medidas afirmativas a favor de los sectores sociales más vulnerables y marginados, (ii) la necesidad que los establecimientos, bienes y servicios de salud, junto con la infraestructura de saneamiento básico estén uniformemente distribuidos en el territorio del Estado Parte, (iii) la obligación que las tarifas de acceso al servicio de salud estén fundadas en el principio de equidad, sin que la falta de recursos económicos se convierta en una barrera para el goce del derecho, y (iii) La posibilidad que los usuarios del servicio de salud ejerciten "el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud"."

En estos términos, cuando no es posible ofrecer el servicio en un determinado lugar, por ejemplo ante la carencia de infraestructura o la inexistencia del personal especializado, y el paciente debe trasladarse a otra localidad para recibir la atención requerida, este tribunal ha extendido la obligación de asumir los costos del transporte a las E.P.S, inaplicando varias disposiciones del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre el tema, esta Corporación ha indicado las reglas jurisprudenciales aplicables para la asunción de los costos del transporte de pacientes[56], criterios similares a los utilizados para la inaplicación de las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud. Se parte, inicialmente, de considerar que de manera general, la normatividad se aplica íntegramente y que el transporte debe ser asumido por el afectado o su familia, en razón del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95-2 de la Carta.

Sin embargo, la aplicación del deber de solidaridad no es absoluta. Existen situaciones en las cuales este tribunal ha trasladado en cabeza del Estado dicha obligación. A manera de ejemplo, es importante tener en cuenta que mediante sentencia T-364 de 2005, asunto en donde un menor requería transportarse de la ciudad de Neiva a Bogotá para la práctica de un tratamiento con cardiólogo. Allí se señaló que:

"Existen situaciones en que la entidad prestadora se niega a suministrar los medios para que el paciente acceda al tratamiento, del cual depende la recuperación de su estado de salud y, a la vez, se comprueba de forma objetiva que tanto el usuario como su familia carecen de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del transporte.

En estas circunstancias se abre la posibilidad que sea el Estado quien financie el traslado, bien por sí mismo o a través de las entidades que prestan el servicio público de atención en salud, ya que, de no garantizarse el traslado del paciente se vulnerarían sus derechos fundamentales al privarlo, en la práctica, de los procedimientos requeridos, cuando de estos

depende la conservación de su integridad física y el mantenimiento de la vida en condiciones dignas.

Sobre el particular, es decir sobre el deber de suministrar los gastos de transporte a un menor discapacitado que requiere terapias, esta corporación en un caso similar mediante sentencia T-1158 de 2001 manifestó:

"Tratándose de un inválido, la accesibilidad implica la superación de todo entorno hostil, lleno de obstáculos. Obstaculizar el acceso significa una afectación al derecho de igualdad, porque, como lo dice el Concepto europeo de accesibilidad[57]: "todas las personas tienen el mismo derecho a participar en actividades dentro del entorno construido".

(…)

No existe accesibilidad si se programan, como en el caso materia del presente fallo, sesiones de fisioterapia, pero no se facilita la llegada e ingreso al sitio donde se va a efectuar tal tratamiento. Ordenar una fisioterapia, pero al mismo tiempo obstaculizar su práctica, afecta la seguridad social integral, que incluye, como es lógico, la accesibilidad a la atención."

En conclusión, según la sentencia T-374 de 2011:

"la seguridad social de los niños discapacitados, de conformidad a lo manifestado en diversos tratados internacionales de derechos humanos, lleva implícito el concepto de accesibilidad, de lo contrario sería inocua cualquier orden que impartiera el juez de tutela respecto de un tratamiento o terapia que debido a su complejidad deba practicarse en centros especializados que se encuentren a grandes distancias del domicilio del accionante".

La protección por medio de la acción de tutela cuando quienes se encuentran en condición de discapacidad carezcan de recursos económicos.

En relación con la eficacia de acción de tutela cuando las personas en condición de discapacidad no cuenten con los recursos económicos para cubrir los tratamientos especializados requeridos para su recuperación y rehabilitación, ésta Corporación en sentencia T-392 de 2011, concedió la protección del derecho a la salud de unos menores con diagnóstico de discapacidad cognitiva y ordenó en todos los casos a las E.P.S. accionadas a autorizar la práctica de la terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia, en la institución en la que se preste ese servicio e igualmente brindar un tratamiento integral que se derive de las enfermedades padecidas.

Dentro de sus consideraciones se refirió a la protección especial a favor de los niños en virtud de los mandatos constitucionales y precisó: "(…) La procedencia de la tutela es mucho más evidente si se advierte que está en juego también el mandato constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (Art. 13, C.P), por razón de su edad, su condición económica, física o mental, y por tanto se hacen sujetos de especial protección. El discapacitado se encuentra en una situación de excesiva vulnerabilidad frente a prejuicios sociales que no puede, por sí mismo y por su

propia voluntad, eludir, máxime si se trata de menores de edad, razón por la que merecen un trato especial, con el fin de permitirles estar en igualdad de condiciones con las personas que no lo son. (…)”[58]

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 un discapacitado 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 los 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[59].

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el médico tratante es la persona idónea para determinar un tratamiento en salud. Además, por regla general, ha considerado que el concepto relevante frente a los tratamientos es el establecido por el galeno que se encuentra adscrito a la EPS encargada de garantizar los servicios de cada persona.

Sin embargo, se han establecido ciertas excepciones. En efecto, el concepto del médico tratante que no se encuentra adscrito a la EPS debe ser tenido en cuenta por dicha entidad siempre que se presenten ciertas circunstancias, entre estas se destacan:

“(i) En los casos en los que se valoró inadecuadamente a la persona.

(ii) Cuando el concepto del médico externo se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, lo que indica mala prestación del servicio.

(iii) Cuando en el pasado la EPS ha valorado y aceptado los conceptos del médico externo como médico tratante.

(iv) Siempre que la EPS no se oponga y guarde silencio después de tener conocimiento del concepto del médico externo”[61].

En desarrollo de lo anterior, este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-889 de 2010, en la que resolvió un caso en el que a la peticionaria le fue negado el procedimiento ordenado por un médico tratante no adscrito a su EPS, al que acudió después de haberse sometido a múltiples dietas sin resultado alguno:

“(…) 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 el mismo sentido la Corte Constitucional, mediante sentencia T-931 de 2010, determinó en el caso de una paciente que acudió a un médico particular, quien le ordenó la realización de un bypass gástrico por laparoscopia que:

“ (…) al negar un servicio médico, mal pueden excusarse las entidades de salud en que dicho servicio fue ordenado por un médico no adscrito a la entidad, pues en estos casos corresponde a la entidad promotora de salud valorar inmediatamente al paciente con los médicos y especialistas que pertenezcan a su planta de profesionales, a fin de que el concepto del médico particular sea confirmado, descartado o modificado bajo criterios técnicos y científicos brindados por el personal profesional adscrito a la E.P.S.”

Siguiendo esa misma línea jurisprudencial en sentencia T-363 de 2010 este tribunal revisó un caso en el cual un médico no adscrito a la EPS de la accionante le ordenó un tratamiento de cámara hiperbárica. En ese caso la Corte Constitucional consideró que:

“la EPS no está autorizada a rechazar, de manera absoluta y sin fundamento científico, el concepto de un médico no adscrito a su entidad pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas y técnicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado”.

Igualmente, esta Corporación ha expresado que si la EPS del paciente tiene conocimiento de la orden del médico particular, está en la obligación constitucional de someterla a consideración de sus propios especialistas para efectos de confirmarla, descartarla o modificarla.

“una EPS desconoce el derecho fundamental de una persona cuando niega el acceso a un servicio en salud que requiere bajo el simple argumento de que la orden médica no proviene de un médico adscrito a dicha entidad”.[62]

Por lo tanto, una orden de un médico tratante que no se encuentre adscrito a determinada E.P.S. no es por sí misma una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud. Ello puede convertirse en una barrera injustificada de acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento del dictamen dado por el médico externo a ella, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o pueda resultar lesivo.

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.

Otro tipo de decisiones respecto a las terapias ABA

De otra parte, la Sala considera oportuno citar una de las providencias que recoge en gran medida la jurisprudencia constitucional mayoritaria sobre el tema de las terapias ABA, para después resaltar aquellas en las que hubo un pronunciamiento distinto.

En primer lugar, tenemos la sentencia T-864 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada, la cual recoge en gran medida la reiteración jurisprudencial, y en la que se ordenó la protección del

derecho a la salud y de los demás derechos fundamentales de los accionantes, quienes solicitaron la autorización de las terapias alternativas, así:

De esta manera y en armonía con lo expuesto anteriormente las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud al negar la práctica de tratamientos o terapias alternativas desconocen el principio de integralidad del sistema de salud ampliamente desarrollado en el Acuerdo 029 de 2011 que abarca toda la atención requerida por un paciente para el tratamiento de su enfermedad, sin que sea oponible en el caso de los sujetos de especial protección, como por ejemplo los niños, niñas y discapacitados, que dicho servicio se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud.

Bajo este contexto, los jueces de instancia desconocieron no sólo las normas de contenido legal sino constitucional que obligan sobre la prevalencia de los derechos menores y personas en situación de discapacidad, el asunto merecía resolverse a la luz del postulado del interés superior del menor y del discapacitado y aplicar la jurisprudencia constitucional que ha reconocido en muchos casos terapias alternativas necesarias para preservar la salud y vida digna, así estén excluidos del POS" (Negrilla fuera del texto).

En segundo lugar, encontramos la sentencia T-731 de 2012 del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la cual a pesar de existir una corriente pacifica sobre el tema de las terapias ABA, en el sentido de proteger los derechos fundamentales de los niños y en general de las personas discapacitadas que requieran este tipo de terapias alternativas, tal y como se ha venido analizado hasta el momento[63]; ésta providencia se aparta de dicha decisión, al considerar que no era procedente conceder el amparo solicitado, por las siguientes razones:

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

A propósito de dicho fallo, el Magistrado Luis Ernesto Vargas profirió un salvamento de voto a la referida providencia, el cual responde a la reiterada jurisprudencia sobre el tema. Así expuso sus razones:

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

ponen en duda dicha tesis, como lo expondré a continuación:

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

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

3. Al no tener certeza sobre el estado de salud del niño, como tampoco si las terapias que recibe en la actualidad son las adecuadas o, si la suspensión de los servicios de fonoaudiología y terapia ocupacional obedecen a su recuperación y no se corresponden a la interrupción abrupta del servicio en virtud a que no hay orden judicial que obligue a ello, concluyo que esta Sala tenía la obligación de garantizar el derecho al diagnóstico y no simplemente negarse a amparar el derecho a la salud de niño, puesto que éste por su situación de especial protección constitucional tiene derecho a que se establezca su condición real de salud y, que se determinen los tratamientos adecuados para garantizarle su existencia en condiciones dignas"(Negrilla fuera del texto).

Y en tercer lugar, está la sentencia T-974 de 2010 del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se desarrolla ampliamente la tensión existente por la caracterización de las terapias alternativas como tratamientos de salud o de educación, así como se realiza en otras providencias previamente señaladas[64]. Lo particular en ésta decisión es que se imparten órdenes tanto a la EPS como la entidad de educación para la protección de los derechos fundamentales de los accionantes, así:

"CUARTO. En consecuencia, ORDENAR a Coomeva EPS que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, realice una nueva valoración médica e interdisciplinaria a MARÍA ALEJANDRA VILLA PEÑA, para lo cual deberá:

a) Ponerse en contacto con los pedagogos de la Secretaría de Educación Municipal de Itagüí y subsidiaria y correlativamente con la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia.

b) Determinar qué aspectos en salud y en educación requiere la niña de acuerdo a su discapacidad.

Se aclara que todo lo relacionado con la esfera del derecho a la salud deberá brindarse a

través de la EPS en virtud del principio de integralidad del tratamiento. Los aspectos que se circunscriban al derecho a la educación deberán ser atendidos por la entidad competente. En todo caso, como el servicio fue solicitado ante Coomeva, la EPS estará obligada a informarle y acompañar a María Alejandra Villa Peña, a través de su representante legal, cuál es la entidad encargada de prestarle el servicio educativo" (Negrilla fuera del texto).

Dicha decisión, ocasionó el salvamento de voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, en el cual manifestó su desacuerdo y reiteró lo decidido en casos similares de manera mayoritaria, en el sentido de ordenar a la EPS la autorización del tratamiento alternativo requerido, independientemente de su componente educativo y en virtud del principio de integralidad, así:

"La sentencia hace un análisis desde la perspectiva de la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la salud y a la educación de los niños en situación de discapacidad, por la negativa de la EPS a prestar los servicios recomendados por la neuróloga adscrita a aquella, de terapias integrales, al considerar que dicha solicitud no se encuentra dentro del POS y que se trata de un servicio educativo que la EPS no está obligada a cubrir, por exceder la esfera de sus competencias.

En este orden, la sentencia se adentra a hacer una evaluación para determinar las responsabilidades de las Empresas Promotoras de Salud y de las Secretarias de Educación, indicando que en virtud del principio de integralidad, esta Corporación ha cubierto ingredientes educativos amparando el derecho a la salud, los cuales, según la sentencia deben ser apoyados en forma independiente, por cuanto su ámbito de aplicación de protección es diferente.

(…)

Sin embargo, la providencia no tuvo en cuenta que esta Corporación ha dispuesto en diferentes fallos de tutela la obligación primordial de propender por la protección del derecho a la salud, obligando a las entidades promotoras de salud prestar tal servicio. Así se ha resuelto en las sentencias T-855 de 2010, T-626 de 2009, T-391 de 2009, T-986 de 2008, T-202 de 2004.

En efecto en la sentencia T-650 de 2009 se resolvió un caso bajos los siguientes supuestos de hecho: (i) los accionantes presentaban un diagnóstico denominado autismo y déficit cognitivo; (ii) solicitaron la protección de sus derechos fundamentales, ya que la respectiva EPS se negaba a autorizar la práctica de las terapias integrales que requerían con el único objeto de mejorar su salud; (iii) los argumentos de la solicitud radicaba en la imposibilidad económica de efectuar el pago de las mismas, ya que este procedimiento se encuentra por fuera del POS, además aducían que la respectiva EPS no tenía la infraestructura para atender niños con discapacidad.

En dicha providencia se resolvió proteger los derechos a la vida, salud e igualdad de los accionantes y se ordenó a la E.P.S., practicar las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requerían con necesidad. En este orden de ideas, ya han existido pronunciamientos emitidos por ésta Corporación en los que se han presentado supuestos de hecho similares a los que se debatieron en la sentencia, aplicando la regla

jurisprudencial de obligar a la EPS la prestación del servicio de salud al tratamiento integral, por cuanto son servicios ordenados por los médicos tratantes y de los cuales aunque no se encuentra cubiertos por el POS son necesarios y determinantes para la mejoría en la salud de la personas con discapacidad.

Así, la sentencia no hace un análisis en el que determine cuál es la competencia precisa de las entidades promotoras de salud respecto a las terapias integrales para las personas con discapacidad, ya que estas tienen por objeto mejorar la salud de dicha población. Por todo lo anterior, dejó expresados los motivos por los que salvo parcialmente el voto en esta providencia (Negrilla fuera del texto).

Estudiadas las consideraciones jurisprudenciales expuestas, la Sala de Revisión procederá a verificar si en los casos anteriormente expuestos, se presentan las condiciones y las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional emitida por esta Corporación, a efectos de proteger el derecho de la salud y a las terapias alternativas por sus condiciones particulares, no sin antes aclarar que la decisión se basará en la posición mayoritaria de la Corte por ser la más garantista en la protección de los derechos fundamentales.

Casos concretos.

Así mismo, en todos los casos, los accionantes se encuentran afiliados en el régimen subsidiado, por lo tanto es pertinente la aplicación del precedente jurisprudencial, establecido en la sentencia T-020 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en el cual se tuteló el derecho a la salud de la accionante, bajo los siguientes argumentos:

"(…) permite a la Sala concluir la prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado en lo no cubierto por el plan de beneficios, las entidades territoriales tienen el deber de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud a través de entidades o instituciones prestadoras de salud de naturaleza pública o privada y en todo caso asumir los costos de los servicios y por su parte las EPSS tienen la obligación de acompañar y verificar la efectiva y oportuna atención médica de quien continua siendo su afiliado, aun cuando, por ser un evento no POS, no tenga a cargo la atención médica.

De aquí que el Juez de tutela, pueda garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de una persona a quien se le niega un servicio de salud que requiere con necesidad por estar excluido del POS, a través de la orden a la EPS-S para que preste directamente los servicios con derecho a recobro o también a través de la orden a la IPS con la que el Estado tiene contrato vigente, bajo un acompañamiento de las EPS-S hasta que se verifique la culminación de la prestación del servicio médico"[65](Negrilla fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera lo siguiente:

Expediente T-3.956.746

El hijo de la accionante, el menor Daniel Felipe Sandoval Pacheco sufre de una enfermedad llamada "Trastorno hiperkinetico – Déficit de atención", motivo por el cual un médico particular le prescribió un tratamiento integral consistente en la realización de "terapia comportamental A.B.A., con el fin de estimular y reafirmar los comportamientos adecuados,

además de extinguir o eliminar los inapropiados”[66]. Estos procedimientos no han sido practicados por la EPS, al considerar que dicho tratamiento fue formulado por un médico neurocirujano particular, quien trabaja en la IPS Servicio Médico Asistencial S.A.S. (SIMA).

El juez de primera instancia tuteló los derechos a la salud, la vida digna y el tratamiento integral, al considerar que el menor hijo de la tutelante requería el tratamiento de terapias tipo A.B.A. para su recuperación. Por tal razón le ordenó a la entidad accionada que autorice las terapias requeridas por el menor Daniel Felipe Sandoval Pacheco[67].

Sin embargo, la segunda instancia revocó la decisión del a-quo, al considerar que la EPS no ha tenido ningún “(…) actuar omisivo, negligente o negativo (…) con lo cual no se coloca en riesgo o amenaza las garantías constitucionales” del menor, comoquiera que los médicos de la accionada “(…) han ordenado los tratamientos mas idóneos para la patología que presenta el menor, y considera que las terapias comportamentales tipo ABA no son los más procedentes debido a su naturaleza netamente educativa”[68].

Expediente T-3.969.622

La menor Celis Johana Reales Rodríguez, hija de la accionante, sufre de una enfermedad llamada “Síndrome de trisomía (Síndrome de Down)[69]”, .motivo por el cual un médico neurocirujano particular le prescribió un tratamiento integral consistente en la realización de terapias psicológicas, fisioterapéuticas y fonoaudiológicas por el método ABA (análisis conductual aplicado)”[70]. Estos procedimientos no han sido practicados por la EPS, al considerar que son de carácter educativo[71].

El juez de primera tuteló derechos a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y justas y a la integridad personal, al considerar que la menor hija de la tutelante requería el tratamiento de terapias tipo A.B.A. para su recuperación. Por tal razón le ordenó a la entidad accionada que autorice las terapias requeridas por la menor Celis Johana Reales Rodríguez[72].

Sin embargo, el Juzgado 2° Promiscuo del Circuito de Sabanalarga revocó la decisión del a-quo, al considerar que la EPS no ha vulnerado en forma alguna los derechos de la menor, comoquiera que “(…) expidió orden de servicio médico en aras de valorar al paciente y así poder emitir un concepto científico en relación a la viabilidad de acoger la pericia emanada de un médico externo a su red de servicios, en relación a la trepáis deprecadas en sede constitucional. En este orden de ideas, aún no es vinculante para la entidad accionada el concepto del médico externo debido a que no le ha sido posible su contradicción con ocasión de la actitud negligente de la propia accionante de concurrir a su valoración, no siendo posible endilgar comportamiento indiferente alguno a la entidad accionada que de manera indefectible conlleve la fuerza vinculante del concepto de un médico externo. Como conclusión, no podríamos determinar que la actuación de la entidad vulnera los derechos invocados en la presente acción de tutela, puesto que ésta no se negó a realizar las valoraciones necesarias para concluir la necesidad de ordenar los tratamientos deprecados en sede constitucional, con anterioridad a la presentación de la acción constitucional”[73].

Expediente T-3.969.622

El menor Luis Miguel Guerrero Puerta, hijo de la accionante, sufre de una enfermedad llamada "retardo pasicomotor severo, paraparesia espástica, secuela de infarto cerebral, hipoxia cerebral secundaria a prematurez"[74]., motivo por el cual un médico particular le prescribió un tratamiento consistente en 30 sesiones de terapia ocupacional y 30 sesiones de terapia física[75]. Estos procedimientos no han sido practicados por la EPS, al considerar "(…) que las terapias tipo A.B.A. se encuentran excluidas del POS. Además (…) es una labor de educación y esta labor no le compete a los servicios contratados por la EPS-S Comparta que se rige solo y exclusivamente a brindar y asegurar los servicios de salud (…)"[76].

Teniendo en cuenta los hechos probados y la jurisprudencia establecida por ésta Corte en casos similares como los analizados, la Sala se aparta de las valoraciones realizadas por los juzgados (i) 1° Civil del Circuito de Soledad (Atlántico) para el caso del expediente T-3.956.746, (ii) el 2° Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Atlántico), para el caso del expediente T-3.969.622, y (iii) el 1° Promiscuo Municipal del Banco (Magdalena), en el caso del expediente T-3.969.714, al no ordenar las medidas tendientes a garantizar los derechos de los niños, quienes se encuentran dentro del grupo de personas que ésta Corte ha considerado como sujetos de especial protección constitucional.

Por lo tanto, esta Sala de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto-ley 2591 de 1991[77] y teniendo en cuenta que en los presentes casos se pretende proteger los derechos de menores con discapacidad (sujetos de especial protección constitucional reforzada), ordenará a las EPS accionadas que adopten las medidas necesarias para se realicen las terapias requeridas por los menores hijos de las accionantes, con el fin de mejorar su condición de discapacidad y su calidad de vida.

Conclusión

En este orden de ideas y de conformidad con lo expuesto anteriormente, las EPS son las entidades sobre las cuales recae la obligación de practicar los citados tratamientos de salud, ya que éstos deben ser ejecutados por personal médico experto y capacitado.

En este mismo sentido, la Corte se pronunció en la sentencia T-650 de 2009, entre otras[78], en la cual ordenó a la EPS el tratamiento integral requerido a dos personas con similares padecimientos a los de los niños Daniel Felipe Sandoval Pacheco (expediente T-3.956.746), Celis Johana Reales Rodríguez (expediente T-3.969.622) y Luis Miguel Guerrero Puerta (expediente T-3.969.714), obligándola a practicar las terapias de hidroterapia, musicoterapia, animalterapia y equinoterapia, previa valoración del médico adscrito a dicha entidad para determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento a realizarse.

Así mismo, analizó un caso[79] en donde resolvió proteger los derechos a la vida, salud e igualdad de los accionantes y ordenó a la E.P.S. practicar las terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que requerían los accionantes, toda vez que padecían de autismo y déficit cognitivo, y la respectiva EPS se negaba a autorizar la práctica de dichas terapias integrales bajo el argumento que se encontraban excluidos del POS.

Igualmente, en la sentencia T-392 de 2011, este tribunal ordenó a SALUD TOTAL E.P.S. y a EMCOSALUD practicar procedimientos similares en un fallo que acumuló diversos casos en los cuales se solicitaba la práctica de tratamientos integrales que consistían en terapias de hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que se requerían con necesidad.

Comoquiera que ésta Corporación ha proferido varios pronunciamientos en los cuales se han analizado supuestos de hecho similares a los que se debatieron en esta sentencia, se ordenara a cada una de la EPS accionadas la aplicación a los precedentes jurisprudenciales referidos.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- En cuanto al expediente T-3.956.746, REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 3 de mayo de 2013 por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Soledad (Atlántico), y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, al tratamiento integral y al vida en condiciones dignas del menor Daniel Felipe Sandoval Pacheco.

En consecuencia, ORDENAR a SALUDTOTAL E.P.S, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, practique a Daniel Felipe Sandoval Pacheco las terapias comportamental tipo A.B.A. que requiere, para lo cual deberá realizarse previamente una valoración por parte de médicos adscritos a dicha entidad con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debe realizarse.

SEGUNDO.- En cuanto al expediente T-3.969.622, REVOCAR la sentencia de tutela proferida 24 de abril de 2013 por el Juzgado 2° Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Atlántico), y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social en conexidad con la vida en condiciones dignas y justas y a la integridad personal de la menor Celis Johana Reales Rodríguez.

En consecuencia, ORDENAR a MUTUAL SER E.P.S, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, practique a Celis Johana Reales Rodríguez las terapias psicológicas, fisioterapéuticas y fonoaudiológicas por el método ABA (análisis conductual aplicado) que requiere, para lo cual deberá realizarse previamente una valoración por parte de médicos adscritos a dicha entidad con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debe realizarse.

TERCERO.- En cuanto al expediente T-3.969.714, REVOCAR la sentencia de tutela proferida 22 de marzo de 2013 por el Juzgado 1° Promiscuo Municipal del Banco (Magdalena), y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al derecho de los niños del menor Luis Miguel Guerrero Puerta.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] (fl. 58 al 60 c.ppal -Historia Clínica – Salud Total EPS)

[2] (fl. 31 c.ppal)

[3] (fl 41 c.ppal – Certificación del servicio Integral Médico Asistencial SIMA S.A.S.)

[4] (fl. 34 al 36 c.ppal)

[5] (fl. 35 c.ppal)

[6] (fl. 87 c.ppal)

[7] (fl. 93 a 117 c.ppal)

[8] (fl. 134 a 147 c.ppal)

[9] (fl. 152 a 160 c.ppal)

[10] (fl. 7 a 13 c.ppal)

[12] (fl 4 c.ppal)

[13] (fl. 4 c.ppal)

[14] (fl. 11 c.ppal)

[15] (fl. 93 a 117 c.ppal)

[16] (fl. 36 c.ppal)

[17] (fl. 61 c.ppal)

[18] (fl. 67 c.ppal)

[19] (fl 89 c.ppal)

[20] (fl. 9 c.cppal – diagnóstico médico de la Clínica Neurológica Cecilia Isabel Moreno de Zuñiga)

[21] (fl.11 a17 c.ppal)

[22] (fl 18 c.ppal)

[23] (fl 20 c.cppal)

[24] (fl. 21 c.ppal)

[25] (fl. 26 c.ppal)

[26] (fl. 37 ss c.ppal)

[27] Sentencias T-974 de 2010, T-765 de 2011, T-731 de 2012.

[28] Sentencia T- 974 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[29] Sentencia T-864 de 2011 M.P. Alexei Julio Estrada, estableció que "El artículo 44 de la Constitución Política determina varios derechos, entre ellos el de la salud de los niños, cuya protección en el caso de los niños son de carácter 'fundamental'[1], y debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los eventos en que sea vulnerado en razón a que el Constituyente quiso rodear a la niñez, dada su natural indefensión y la esperanza que simboliza para la sociedad, de una especial protección.

Al respecto, es importante señalar que las personas que se encuentran en situación de discapacidad tienen una protección especial reforzada del Estado, así en el artículo 13 superior dispone que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan. Al igual el artículo 47 superior consagra que el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

Ahora bien, el alcance de protección de los derechos de los niños ha sido interpretado por la Corte Constitucional a la luz de los diferentes ordenamientos de rango internacional que dedican un espacio especial a las niñas, niños y adolescentes.

(…)

De igual manera, el ámbito de protección internacional ha sido reflejado en la legislación nacional mediante la ley 361 de 1997 que determina la protección legal que surge no solo para los menores sino también para los adultos en situación de discapacidad y la obligación que tiene el Estado Colombiano de proveer los mecanismos de especial tutela en atención a la dignidad que le es propia a este grupo de personas, para garantizar su completa

realización personal y su total integración social.

A su vez, el artículo 11 de la Ley 1306 de 2009 se encargó de dictar las normas para la protección de personas con discapacidad mental, incluyendo el régimen de la representación legal de incapaces emancipados, en dicha normatividad dispone 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, de acuerdo con los lineamientos y programas científicos diseñados o aprobados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación de que trata la Ley 361 de 1997. La organización encargada de prestar el servicio de salud y de educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde la temprana edad" (Negrilla y subrayas fuera del texto).

[30] Sentencias T-1030 de 2006, T-734 de 2011, T-500 de 2012, y T-141 de 2013.

[31] Sentencia T-374 de 2013

[32] Ibidem.

[33] Se refiere a tratamientos de: (1) terapias especializadas de neuro desarrollo, (2) equinoterapia, (3) acuaterapia, (4) musicoterapia, (5) terapia asistida con perros, (6) miofuncional, (7) fonoaudiología basada en neuro desarrollo, (8) neuropsicoterapia sistémica, (9) terapia comportamental A.B.A, (10) integración sensoriomotriz, (11) psicopedagogía, (12) terapia de lenguaje y (13) terapia familiar.

[34] Sentencia T-374 de 2013

[35] Sentencia T-408 de 1995.

[36] Sentencia T-893 de 2010.

[37] Sentencia T-540 de 2002.

[38] Sentencia T-998 de 2007

[40] Sentencias T-610 de 2000, T-622 de 2000, T-1430 de 2000.

[41] En aquella ocasión le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 34 y 140, del Código Civil.

[42] Sentencia T-374 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[43] Sentencias T-179 de 2000 y T-988 de 2003.

[44] Sentencia T-617 de 2000.

[45] Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la

Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York 19 de junio al 22 de julio de 1946.

[46] Sentencias T-1204 de 2000, T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006, T-148 de 2007, T-565 de 2007, T-788 de 2007.

[47] Sentencias T-080 de 2001, T-591 de 2003; T-984 de 2004; T-086 de 2005.

[48] Sentencias T-868 de 2004; T-096 de 2005.

[49] Sentencias T-972 de 2001, T-280 de 2002, T-069 de 2005.

[50] Sentencias T-074 de 2005, T-505 de 1992, T-502 de 1994, T-271 de 1995.

[51] Sentencias T-395 de 1998, SU-819 de 1999, y T-597 de 2001.

[52] Sentencia T-1022 de 2005.

[53] Sentencia T-760 de 2008.

[54] Sentencia T-974 de 2010 "Recuérdese que tratándose de los niños y niñas con discapacidad, el derecho a la salud debe garantizarse de manera integral, aún respecto de aquellos tratamientos catalogados como no-POS".

[55] Cabe señalar que según la jurisprudencia una de las facetas del derecho a la salud es la accesibilidad, la cual se materializa cuando el Estado realiza todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica la posibilidad de disponer de todos los medios e infraestructura requeridos por el paciente.

[56] Sentencias T-1158 de 2001 y T-364 de 2005.

[57] Ese concepto es resultado de una petición formulada por la Comisión Europea en 1987 y condujo a una Declaración que recibió el apoyo de todos los miembros del grupo directivo presente en Doorn, Países Bajos, el 2 de marzo de 1996.

[58] Sentencia T-864 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada

[59] Acuerdo 029 de 2011. Artículo 5. Principios generales del Plan Obligatorio de Salud: 1. Integralidad. Toda tecnología en salud contenida en el Plan Obligatorio de Salud para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, incluye lo necesario para su realización de tal forma que se cumpla con la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante.

[60] Sentencia T-374 de 2013

[61] Cfr Sentencia T-499 de 2012.

[62] Sentencia T-500 de 2007.

[63] Sentencia T-1076 de 2012, T-116ª de 2013, T-466 de 2013, T-466 de 2013.

[64] Ver el numeral 3.3 y siguientes.

[65] En esta providencia se analizó el caso de Olga Lucía Huérfano Alfaro, quien se encuentra afiliada en el régimen subsidiado y padece una enfermedad llamada “Cardiaca estadio C CF III, cardiopatía valvular”. Razón por la cual, le ordenaron medicamentos y procedimientos médicos, los cuales fueron negados por Salud Cóndor EPS-S, al encontrarse excluidos del POS.

[66] (Fl. 31 c.ppal)

[67] (fl. 134 a 147 c.ppal)

[68] (Fl. 7 a 13 c.ppal)

[70] (Fl. 50 c.ppal)

[71] (Fl 53 c.ppal)

[72] (fl. 61 c.ppal)

[73] (fl 89 c.ppal)

[74] (fl. 9 c.cppal – diagnóstico médico de la Clínica Neurológica Cecilia Isabel Moreno de Zúñiga)

[75] (fl. 16 c.ppal)

[76] (fl 20 c.cppal)

[77] El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.

[78] Sentencias T-650 de 2009, T-855 de 2010, T-626 de 2009, T-391 de 2009, T-986 de 2008 y T-202 de 2004.

[79] Sentencia T-650 de 2009