

Sentencia T-855/10

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Caso en que se niega práctica de procedimientos terapéuticos a niño que padece Síndrome de Down por estar excluido del POS y no haber sido ordenado por médico tratante adscrito a la entidad

PROTECCION CONSTITUCIONAL A PERSONAS CON LIMITACIONES PSIQUICAS, FISICAS, FUNCIONALES Y SENSORIALES-Ordenamiento constitucional e internacional

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL-Sentencia T-650 de 2009

ACCESO A TRATAMIENTO MEDICO O MEDICAMENTO EXCLUIDO DEL POS-Supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar suministro de servicios médicos no incluidos en el POS

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Orden a EPS de realizar valoración por parte de médicos adscritos con el fin de determinar y practicar terapias en hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia

Referencia: expediente T-2.408.573.

Acción de tutela presentada por Luciano de Jesús Angulo en representación su menor hijo Luciano de Jesús Angulo Muñoz contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle, Luis Ernesto Vargas Silva, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la decisión adoptada por el Juzgado Primero (1º) Penal Municipal de Soledad (Atlántico) el veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES.

El señor Luciano de Jesús Angulo Gómez, actuando en representación de su menor hijo Luciano de Jesús Angulo Muñoz, instauró acción de tutela contra Salud Total E.P.S.. Considerar que fueron vulnerados los derechos fundamentales a la vida, salud e igualdad de Luciano de Jesús.

Manifiesta que reside con su hijo en el municipio de Soledad - Atlántico. Afirma que su hijo tiene 3 años, pertenece al sistema de salud en calidad de beneficiario del régimen contributivo de Salud Total E.P.S. y según diagnóstico padece Síndrome de Down. Manifiesta que Salud Total posee precarios tratamientos para su enfermedad, y requiere para tratar dicha patología el suministro de servicio integral terapéutico en hidroterapia, animalterapia, equinoterapia y musicoterapia, servicio adicional que sólo se realiza con la autorización de la respectiva EPS.

La situación fáctica del expediente de tutela es la siguiente:

Hechos y pretensión.

1.- Indica el accionante que su hijo presenta un desarrollo mental muy inferior a su edad cronológica, denota ser una persona especial que le impide comprender y comportarse adecuadamente, que le genera dificultades para acatar y recibir órdenes. Posee problemas en su motricidad de manos y pies y presenta un lenguaje ininteligible inarticulado. Afirma que, en vista que los tratamientos efectuados por la EPS, eran precarios, decidió inscribirlo en el CENTRO DE CAPACITACION ESPECIAL "CENCAES" institución que no está adscrita a su EPS, en la que recibe procesos pedagógicos en áreas integradas en sociales y naturales.

2.- Manifiesta que su hijo requiere de un servicio terapéutico integral e intensivo que presta "CENCAES" pero éste sólo se realiza con la respectiva autorización de la EPS, ya que dicho tratamiento que consiste en la práctica de varias terapias como son animalterapia, musicoterapia, hidroterapia y terapia del método ABA. Asegura que el menor puede tener un nivel de vida digno, ya que con la práctica de éstas se busca estimular la función motora,

sensitiva, sensorial y cognoscitiva del menor.

3.- Afirma que intentó conseguir que la EPS autorice las terapias antes referidas que presta "CENCAES" por la cercanía a su domicilio, pero la EPS se niega a autorizarlas porque hacen parte de las exclusiones y limitaciones del POS y por lo tanto debe asumir el costo económico. Con todo lo dicho, considera el accionante que la EPS desconoce que la atención para los niños discapacitados debe ser integral y que los derechos fundamentales previstos en la Constitución Política y en el Código del Menor deben ser garantizados.

4.- Agregó además que el menor está recibiendo atención médica en el citado centro de capacitación por profesionales especializados y es de gran importancia la autorización de la EPS para que presten los servicios terapéuticos a través de ese centro de capacitación, ya que este se encuentra en la misma municipalidad de su domicilio, y como quiera que se facilita el traslado del menor, su hijo muestra adaptación, colaboración y aceptación con la educación especial que recibe mostrando familiaridad con los otros menores, reaccionado positivamente en dicho procedimiento médico, por lo que considera que la negativa de suministrar el tratamiento integral requerido perturbaría y truncaría el proceso que hasta la fecha ha avanzado.

5.- Afirma el accionante que es trabajador independiente y no posee recursos económicos suficientes para sufragar las terapias integrales requeridas para su menor hijo, el cual se encuentra en una situación de indefensión ya que padece síndrome de down y con la negativa de la EPS a autorizar dicho tratamiento integral trunca el avance y la mejoría de su salud.

Con fundamento en lo expuesto, el accionante solicita la tutela de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por Salud Total E.P.S., pidiendo que (i) la entidad demandada autorice la prestación de los procedimientos terapéuticos no POS de terapias integrales (equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia) como de las terapias técnica ABA en el Centro de Capacitación Especial "CENCAES", (ii) exonere de los copagos, de la cuota moderadora y (iii) se ordene a Salud Total EPS a recobrar o repetir por los gastos que demande el menor con ocasión del cumplimiento de la tutela en el Centro de Capacitación al FOSYGA.

3. Intervención de la entidad demandada Salud Total E.P.S.

Salud Total E.P.S., actuando por intermedio de apoderada judicial solicita como petición principal la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela propuesta, argumentando que las terapias solicitadas por el accionante, es un servicio de tipo educativo que no le corresponde asumir a la EPS, aduce que estas se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud y pide además que en el evento en que se decida tutelar los derechos invocados por el accionante se ordene a la Secretaría de Educación disponer lo necesario para que el menor sea remitido a la institución pública o privada con la cual la secretaría tenga contrato, para que garantice el servicio educativo que el menor requiere.

Consideró además que lo único que pretende el accionante es que por vía de tutela se obligue a la EPS asumir la prestación de servicios educativos de terapias A.B.A. y terapias de rehabilitación como hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia, para que sean prestados a través de un centro educativo de carácter particular, que no cuenta con autorización legal para explotar el ramo de la salud y por el contrario esta creado legalmente como entidad de carácter educativo, tal y como consta en la Resolución No. 0249-20-02-01 emanada de la Secretaría de Educación Departamental y registrada con código DANE No. 308001075831, situación que impide a la EPS la canalización de recursos públicos de destinación específica para la atención de servicios de salud a este tipo de entidades que, por el hecho de no tener calidad de IPS no pueden ser contratadas por las entidades promotoras de salud.

Agrega que “revisado en el REPSS virtual de la página web <http://minproteccionsocial.gov.co>, con el Nit No. 800.103.255-6 el centro de capacitación especial “CENCAES” no se encuentra cumpliendo con los requisitos de habilitación establecidos por el Decreto 1011 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, situación que no se encuentra permitida conforme se acredita con copia de comunicación DEP13100 Radicado No. 98917 remitida el día 7 de junio de 2006 por el Ministerio de Protección Social a la sociedad que representa.”¹

Así mismo, afirma que por mandato constitucional está en cabeza del Estado, la sociedad y la familia la educación para personas con limitaciones físicas o mentales, y que, el tratamiento solicitado debe ser prestado por instituciones de educación especial. En este sentido, el Decreto 2082 de 1996 dispone en su artículo 2 que “la atención educativa para personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales, será de carácter formal, no formal e informal, y será impartida por las Instituciones educativas estatales y privadas no

especiales”.

A su vez, hace referencia al Decreto 366 del 9 de febrero de 2009 que reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de estudiantes con discapacidad en el marco de la educación inclusiva, el que además señala que es la Secretaría de Educación la competente para brindar educación integral a las personas con discapacidad.

En consecuencia, considera que, las actividades de aprendizaje no son de su competencia, debiendo ser asumidas por las entidades territoriales obligadas a contratar los servicios de apoyo pedagógico para la prestación de los servicios con organizaciones de reconocida trayectoria.

Así mismo, sostuvo que en la historia clínica no consta que el accionante haya agotado todas las posibilidades terapéuticas que están dentro del POS, considerando así que, el paciente debe ser evaluado por psiquiatría infantil de la red, debido a que por la patología que presenta, el manejo debe ser por pediatría o psiquiatría quien debe emitir un concepto del manejo a seguir con el paciente.

Por último, señala que debe existir previamente una orden del cuerpo médico de la IPS adscrita a fin de poder derivar de ellos las autorizaciones respectivas. Señala que Salud Total cuenta con una IPS adscrita denominada Instituto de Rehabilitación Issa Abuchaibe, que cuenta con amplio reconocimiento en el sector médico dedicado a la rehabilitación de pacientes, presta los servicios de terapias a través de talleres de análisis de comportamiento aplicado ABA (Applied Behavioral Analysis), brinda atención integral a los niños el cual busca ayudarle a los pacientes a desarrollar su potencial al máximo.

Solicita que en caso de concederse el amparo, se mantenga en todo caso la obligación para el menor, de cancelar el valor de los copagos y/o las cuotas moderadoras a que haya lugar como consecuencia de la prestación del servicio.

4. Decisión judicial objeto de revisión.

El Juzgado Primero (1°) Penal Municipal de Soledad-Atlántico, en sentencia del veinticuatro (24) de marzo de 2009 denegó la protección constitucional solicitada al considerar que no

existe orden médica de un profesional o de una IPS adscrita a la red de prestadores de servicios de la EPS y no reposa negación expresa de la EPS a la petición del accionante, además indicó que:

“Por otro lado tenemos que observa este despacho judicial que por contestación dada a este despacho por el centro de capacitación especial CENCAES LA DIRECTORA DE DICHO CENTRO, en el punto tercero de dicha contestación, manifiesta que el menor LUCIANO DE JESUS ANGULO MUÑOZ, quien presenta diagnóstico de SINDROME DE DOWN, se encuentra matriculado en esa institución, que recibe educación especial, y que de acuerdo con el seguimiento que se ha realizado ha evolucionado.

En el punto cuarto manifiesta la directora que el padre del menor, en repetidas ocasiones se ha dirigido a la dirección de CENACES, con el propósito de recibir asesoría, ya que ha venido observando el tratamiento integral e intensivo que vienen recibiendo los menores JUAN SEBASTIAN ORTEGA ESPITIA Y ALDAIR NICOLON ZUÑIGA, quienes con este tratamiento adicional que prestan en CENCAES, evidencian avances significativos en sus procesos cognitivos, de socialización y psicomotrices.

Con respecto a lo anterior, se dilucida que el menor si esta recibiendo tratamiento por parte de este centro asistencial, y si el menor necesita un tratamiento adicional tal como lo menciona la directora en el punto cuarto debe ser solicitado, y en este caso debe ser negado para proceder a tutelar dicho derecho.(...) Por otra parte tenemos que la entidad CENTRO DE CAPACITACION ESPECIAL “CENCAES” es de carácter educacional y aporta en su contestación Resolución No. 0576 del 05 de noviembre de 2008 emanada por la secretaria de educación municipal de soledad atlántico, y no de régimen de salud.(...)”

5. Pruebas que reposan en el expediente.

- Evaluación inicial efectuada por una Fisioterapeuta una Psicóloga y una fonoaudióloga pertenecientes al Centro de Capacitación Especial “Cencaes” al menor Luciano de Jesús Angulo Muñoz donde se le diagnostica Síndrome de Down y presentan recomendación de tratamiento intensivo e integral, sin fecha de elaboración. (Folio 6 cuaderno principal).

- Registro Civil de Nacimiento del menor Luciano de Jesús Angulo Muñoz identificado bajo el NUIP 1043667418 número 40120107. (Folio 7 cuaderno principal).

- Valoración efectuada por Neurólogo no red Dr. David Dancur B que da cuenta que el menor Luciano de Jesús Angulo presenta “síndrome de Down presentando discapacidad permanente superior a un 70% quien registra leve hipotonía generalizada lo que le dificulta adaptar y mantener las diferentes posiciones de sus cuerpo, se le dificulta ejercitar los patrones globales, su marcha es funcional e independiente sus dispositivos básicos para el aprendizaje son inadecuados: atención dispersa, no sigue instrucciones, ni acata ordenes, poca motivación”. (Folio 8 cuaderno principal).

- Copia de oficios Nos. 1585 del 6 de septiembre de 2007 suscrito por la Secretaria del Juzgado Noveno Civil Municipal de Barranquilla por medio del cual notifica a los señores Yenny Betancourt y Hernando Ortega Zúñiga de la sentencia de tutela que protegió los derechos fundamentales del menor Juan Sebastian Ortega Espitia y ordenó a Coomeva E.P.S. entidad demandada en otro caso similar ordenó suministrar al menor el tratamiento con terapias en el Centro de Capacitación “CENCAES” con sede en el municipio de Soledad Atlántico. (Folio 9 cuaderno principal).

- Copia de oficio suscrito por el doctor Issa Abuchaibe A. de marzo 5 de 2009, mediante el cual presenta portafolio de servicios a la E.P.S. Salud Total dentro de los cuales relaciona terapia física, terapia ocupacional, terapia del lenguaje, terapia respiratoria, neurodesarrollo, psicología electromiografía y neuroconducción entre otros. (Folios 37 a 56 cuaderno principal).

- Oficio suscrito por la Directora del Centro de Capacitación Especial “CENCAES” dirigida al Juzgado de conocimiento de la presente acción de tutela, donde presenta sugerencias respecto al proceso de educación especial del menor Luciano del Jesús Angulo, manifestando que se recomienda además de las terapias que recibe en dicho centro otras que son integrales e intensivas las cuales en su criterio evidencian avances significativos en sus procesos cognitivos, de socialización y psicomotores respecto de otros menores que presentan la misma discapacidad. (Folio 59 cuaderno principal).

- Copia de la Resolución No. 0576 del 5 de noviembre de 2008 emitida por el Secretario de Ecuación Municipal de Soledad Atlántico, por la cual se legaliza el nivel de media a un establecimiento educativo de naturaleza privado en el municipio de soledad denominado

Centro de Capacitación Especial "CENCAES". (Folios 60 y 61 cuaderno principal).

- Copia de la Resolución No. 0249 de 2001 emitida por el Secretario de Educación Departamental del Atlántico por la cual se concede la licencia de funcionamiento a un establecimiento educativo denominado Centro de Capacitación Especial "CENCAES". (Folios 62 a 64 cuaderno principal).

- Certificado de Existencia y representación legal del Centro de Capacitación Especial "CENCAES" emitida por la Cámara de Comercio de Barranquilla del 24 de marzo de 2009. (Folios 65 a 66 cuaderno principal).

6. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional.

Mediante auto del veintiuno (21) de enero de dos mil diez (2010) la Sala de Revisión decretó pruebas tendientes a verificar el tratamiento médico adelantado por la E.P.S. Salud Total al menor Luciano de Jesús Angulo Muñoz respecto de la enfermedad que padece. Dentro de los documentos allegados se encuentran:

-. Respuesta a oficio OPTB -16 presentado por la representante legal de Salud Total E.P.S., en el que da respuesta al cuestionario ordenado en el auto de pruebas, en el que se lee:

"Se trata de un paciente masculino de 3 años de edad, el cual desde su nacimiento presentó el FENOTIPO propio de la enfermedad, esto es, físicamente presentaba características propias del Síndrome de Down, lo cual únicamente podía ser confirmado por medio de la realización de los estudios médicos pertinentes. Fue atendido por Salud Total en el mes de febrero de 2006, donde ingresa para la realización del examen de diagnóstico TRISONOMIA 21. Es así como se confirma y se diagnostica como enfermedad base SINDROME DE DOWN. (...) El paciente regresa nuevamente en fecha 30 de agosto de 2007, a la especialidad de pediatría, quien por su diagnóstico de síndrome de down ordena de inmediato la realización de las siguientes terapias: 1. Terapias Físicas 2. Terapia Ocupacional 3. Terapia del lenguaje. Las cuales fueron autorizadas para nuestra IPS INSTITUTO DE REHABILITACION ISSA ABUCHAIBE, en donde se le practicaron las mencionadas terapias, hasta noviembre de 2008. Sin embargo hay que mencionar que de acuerdo a los reportes clínicos de dicha entidad, el menor asistió de forma irregular a las terapias, dejando de asistir 8 meses durante toda su atención."2

Respecto a la pregunta si se le han realizado al menor Luciano de Jesús tratamientos de rehabilitación con la finalidad de potenciar sus habilidades y destrezas físicas, psicológicas y sociales del menor la E.P.S., respondió:

“Desde que el menor fue diagnosticado, se remitió a nuestra IPS especializada para la práctica de las terapias ordenadas por el médico tratante. Estas terapias en conjunto forman un plan de rehabilitación diseñado para mejorar las condiciones físicas y mentales de los pacientes con limitaciones.”

“Aunque el usuario no ha asistido en forma constante a las citas de terapia ocupacional, terapia del lenguaje y terapias físicas autorizadas a través de la red de Salud Total E.P.S.-S, el área de fisiatría de la IPS Abuchaibe de Barranquilla confirma que el paciente ha presentado mejoría en las esferas motriz y educativa por este motivo ordenan continuar las terapias insistiendo en la necesidad de que el usuario cumpla a cabalidad con el tratamiento instaurado. En razón a lo anterior en repetidas oportunidades, se ha exhortado a los padres del menor para que acaten las órdenes médicas y asista según el esquema de terapias ofrecido a través de la red con la periodicidad que ordenan los profesionales tratantes. Se adjunta la historia clínica de las atenciones recibidas a través de la red. Así mismo, el registro de las atenciones prestadas a través del Centro de Capacitación Especial CENCAES-Institución Educativa, aprobada por la Secretaria de Educación Departamental del Atlántico; entidad donde se encuentra inscrito el menor para fines educativos.”³

En cuanto a la pregunta referente a si se encuentran entidades habilitadas para prestar servicios de rehabilitación a usuarios con trastornos generalizados en el desarrollo y Síndrome de Down, la entidad respondió:

“Dentro de nuestra red de prestadores, contamos con la IPS INSTITUTO DE REHABILITACION ISSA ABUCHAIBE, la cual cuenta con un personal con entrenamiento en rehabilitación física, conformado por psicopedagogas, neurodesarrollistas, fonoaudiólogas y terapistas ocupacionales, esto es, profesionales con entrenamiento en cada una de sus especialidades, quienes en cada caso, atienden a los pacientes en una la terapia individual o cuando es social se tiene contacto en grupo. Las aludidas especialidades y funciones dan plena cuenta de la actualización que realiza la IPS ISSA ABUCHAIBE, por tanto la educación es continuada y el grupo de especialistas realiza actuaciones, teniendo en cuenta la disponibilidad e interés

que generen los cursos en aplicación de los programas establecidos.”⁴

* Copia de la historia clínica del menor Luciano de Jesús Angulo Muñoz emitida por la E.P.S. Salud Total.⁵

* Concepto dirigido a Salud Total EPS, efectuado al menor Luciano de Jesús por el doctor Hernán Guillermo Bobadilla Garzón, médico psiquiatra. En dicho escrito se lee:⁶

“ (...) Los únicos tratamientos que han demostrado una influencia significativa en el desarrollo de los niños con síndrome de down son los programas de atención temprana, orientados a la estimulación precoz del sistema nervioso central durante los seis primeros años de vida. Dentro de los programas de atención temprana, la educación es el componente principal para los niños con desarrollo típico: independencia personal y responsabilidad social. Estas metas implican progreso en las habilidades sociales y cognitivas, mejoramiento en la comunicación verbal y no verbal, reducción de mal comportamiento y generalización de habilidades a través de múltiples ambientes. (...) En conclusión, es necesario establecer un programa de intervención integral para el niño LUCIANO DE JESUS ANGULO MUÑOZ, estructurado con base en el diagnóstico inicial de las capacidades y necesidades de cada uno de ellos. Dentro del programa Especializado e individualizado ordenado a este menor, las actividades equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia, al igual que las terapias ABA corresponden a una intervención de tipo educativo, motivo por el cual se considera que la cobertura de estos servicios corresponde al Ministerio de Educación. A este respecto el Decreto 366 de febrero 9 de 2009, (5) reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes con discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales en el marco de la educación inclusiva. Instituciones Educativas como el Centro CENCAES de Barranquilla son entidades idóneas para prestar este servicio pues cuentan con el recurso humano y la infraestructura apropiada. (...)”

* Respuesta a oficio OPTB-033 suscrito por el señor Juan Andrei Vargas Camelo representante

legal de Salud Total EPS del régimen contributivo y del régimen subsidiado S.A., donde se informó:

“(…) el paciente asistió a consulta médica el 28 de febrero de 2010 y se ordenó: “Realización de TAC cerebral, PEAT y visuales, perfil tiroideo, IC genética, consulta con fisiatría, para coordinar tratamiento de rehabilitación y control con resultados. Por lo anterior se genera autorización con los servicios solicitados (…) Así las cosas, nos encontramos médicamente brindando los servicios que requiere el menor, y a través de los tratantes especializados de nuestra RED, suministrar el tratamiento adecuado de acuerdo (sic) con la patología que presenta el menor, ya que insistimos en ningún caso hemos querido negar servicios, sino brindar los que resulten pertinentes y necesarios en la rehabilitación del paciente.”⁷

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Luciano de Jesús Angulo Gómez, en representación de su hijo Luciano de Jesús Angulo Muñoz de tres años de edad, presentó acción de tutela contra Salud Total E.P.S., con el fin de que sean restablecidos los derechos fundamentales a la igualdad, vida en condiciones dignas y salud. Estima que fueron vulnerados estos derechos por la citada E.P.S. por los precarios tratamientos ordenados a su hijo, ya que padece Síndrome de Down y requiere un servicio terapéutico integral e intensivo (la práctica de las terapias de equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia) necesarias en su sentir para tratar la enfermedad de su hijo.

La parte accionada actuando por intermedio de apoderado judicial, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela formulada argumentando que es un servicio de tipo educativo que no le corresponde asumir a la EPS, ya que estas terapias se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud. Afirma que lo único que pretende el accionante es

que por vía de tutela se obligue a la EPS asumir la prestación de servicios educativos de terapias A.B.A. y terapias de rehabilitación a través de un centro educativo de carácter particular, que no cuenta con autorización legal para explotar el ramo de la salud y por el contrario esta creado legalmente como entidad de carácter educativo.

Señala que dicha E.P.S. cuenta con una IPS adscrita denominada “Instituto de Rehabilitación Issa Abuchaibe” con amplio reconocimiento en el sector médico dedicado a la rehabilitación de pacientes, cuenta con terapias a través de talleres de análisis de comportamiento aplicado ABA (Applied Behavioral Analysis) que brinda atención integral a los niños a través del programa de tratamiento antes referido el cual busca ayudarle a los pacientes a desarrollar su potencial al máximo.

El Juzgado Primero (1º) Penal Municipal de Soledad-Atlántico, en sentencia de 24 de marzo de 2009, denegó la tutela al considerar que el menor si esta recibiendo tratamiento por parte del Centro de Capacitación Especial “CENCAES”, afirmando además que si el menor necesita un tratamiento adicional, debe ser solicitado a la EPS., ya que no existe una orden medica de profesionales adscritos a la red o IPS. Por último adujo que “CENCAES” es de carácter educacional y no de régimen de salud.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta le corresponde determinar a esta Sala si la circunstancia de que Salud Total E.P.S., no acceda a la práctica de procedimientos terapéuticos no POS consisten en terapias denominadas equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia, las cuales requiere con necesidad el menor Luciano de Jesús Angulo Muñoz, para tratar la discapacidad que padece (Síndrome de Down), bajo la consideración de que no han sido ordenadas por un médico tratante adscrito a la citada entidad, es una razón constitucionalmente admisible para desconocer derechos fundamentales de sujetos especialmente protegidos por la Constitución Política.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia a (i) el derecho fundamental a la salud de los niños y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia. (ii) la protección constitucional para las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, en los ordenamientos constitucional e internacional. Reiteración de jurisprudencia, (iii) Precedente Jurisprudencial fijado por ésta Corporación. Sentencia T-650 de 2009 (iv) los supuestos fácticos previstos por la

jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro de servicios médicos no incluidos en el plan obligatorio de salud y (v) el caso concreto.

3. El derecho fundamental a la salud de los niños y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración Jurisprudencia.

La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de 'fundamental', debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea vulnerado.⁸

El alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁹ los cuales hace parte el Estado Colombiano.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

El más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado, lo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14 (2000) acerca 'el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud'. De manera clara y categórica, la Observación General N° 14 (2000) establece que 'la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos'. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está 'estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos', refiriéndose de forma específica al 'derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación'. Para el Comité, 'esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud'.¹⁰

El artículo 12, PIDESC, contempla ámbitos de protección específicos del derecho a la salud,

los cuales son precisados por el Comité en su Observación General N°14 (2000). Así, se pronuncia sobre lo que implica (1) garantizar 'la salud infantil, materna y reproductiva',¹¹ (2) el deber de mejorar 'la higiene ambiental e industrial';¹² (3) la 'lucha contra las enfermedades', en especial las epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole;¹³ y (4) el derecho a que se 'creen las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad'.¹⁴

Uno de los sectores más débiles de la población está conformado por los niños, quienes a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C.P.).

Incluyendo esta disposición que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", por lo que son en general sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad. Igualmente, otros preceptos de la Constitución complementan la protección a la niñez. Dentro de estas normas se encuentra el artículo 50 que fija una especial protección para los niños menores de un año y el artículo 67 sobre el derecho a la educación de menores entre 5 y 15 años de edad.

Este postulado responde, además, a la obligación que se impone al Estado y a la sociedad de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, CP). En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud, por lo tanto no se requiere pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.¹⁵ La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud.

Así, esta Corporación se ha referido en varias ocasiones a la especial protección que se debe dar a un menor cuando padece alguna enfermedad, 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 salud¹⁶.

De este modo, en sentencia T-799 de 2006 la Corte destacó que “la fundamentalidad del 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 (...)”.¹⁷

Conviene agregar que en sentencia T-998 de 2007 se dispuso que 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 Derecho¹⁸.

Bajo esta perspectiva, la Corte ha afirmado que los jueces de tutela deben garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud de los menores, en los casos en que su núcleo esencial se encuentre amenazado o vulnerado¹⁹, esto es, cuando el menor está ante “a) la existencia de un atentado grave contra la salud (...); b) la imposibilidad de evitar la actitud que se reprocha; c) el riesgo potencial y cierto del derecho a la vida y de las capacidades físicas o psíquicas del niño.”²⁰

Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional de ésta Corporación ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas. 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. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente.

En este ámbito, no obstante la autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer

obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran.

Es por ello que los niños beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, que se rige por el principio de integralidad, tienen derecho a que se les suministren aquellos elementos indispensables para corregir un defecto físico, pues está en juego su derecho fundamental a la salud (art. 44) y su desarrollo armónico, completo y adecuado. El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños.²¹

De acuerdo con lo anterior y conforme a lo expuesto en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, la doctrina constitucional ha considerado que la protección superior de la salud de los menores, también exige una demostración clara y contundente de la amenaza o vulneración del derecho a la salud.

4. La protección constitucional para las personas con limitaciones físicas, funcionales, psíquicas y sensoriales, en el ordenamiento constitucional e internacional. Reiteración de jurisprudencia.

Según el ordenamiento constitucional e internacional, en el caso del tratamiento de una persona con discapacidad física o psíquica merece una especial protección y su tratamiento debe ser especializado, ya que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y deben ser sujetos de atención adecuada. Así el artículo 47 de la C.P. dispone que: “De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran”.

Así mismo, el artículo 13 de la Carta propugna a que el derecho a la igualdad de las personas con limitaciones sea real y efectiva. En este sentido, ordena al Estado adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, en especial aquellos que su condición física o mental se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, lo que ha sido llamado por la jurisprudencia constitucional acciones afirmativas.²²

En el mismo sentido, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño que adoptó

la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, dispone que “los Estados Parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales”, los cuales estarán destinadas “a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible” a su vez el artículo 11 de la disposición antes referida prescribe que la niñez tiene “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”.

Al mismo tiempo, el numeral e) del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, es contundente cuando determina que “se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”. El artículo 18 de esa misma disposición señala que “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a... c) incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo”²³

En suma, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que tras ser ratificada por el Congreso de la República por Ley 762 de 2002 y declarada ajustada al Ordenamiento Constitucional por esta Corte mediante sentencia de constitucionalidad C-401 de 2003, tiene como objetivos la eliminación de cualquier forma de discriminación contra las personas que tengan discapacidad alguna, propiciando la integración en la sociedad.

En consecuencia, el Estado Colombiano en la convención antes referida está comprometido a (i) adoptar medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación de la que es objeto esta población y (ii) trabajar prioritariamente en labores de prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles, incluida la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación,

educación, formación ocupacional, sensibilización de la población a través de campañas educativas encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atenten contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad²⁴.

A su vez, 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.”(Artículo 11) (negrita y subraya fuera de texto)

Dentro de este contexto la Corte Constitucional ha dicho que aunque no se puede garantizar un total restablecimiento, es factible obtener mejoría de un paciente mediante la terapia y los controles regulares, favoreciendo así una notable disminución de sus deficiencias neurológicas y logrando mantener en el joven afectado una mejor calidad de vida.²⁵ Sobre el particular esta Corporación sostuvo²⁶:

Sobre el particular esta Corporación sostuvo²⁷:

“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 lo tanto es de vital importancia la aclaración que ha hecho la Corte en el sentido de avalar la interpretación según la cual, cuando existe posibilidad de mejoría o progreso en la salud del paciente, dichas entidades encargadas de la prestación de la seguridad social deban suministrar la atención requerida, en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona.²⁸

5. Precedente Jurisprudencial fijado por esta Corporación. Sentencia T-650 de 2009.

La Sala de Revisión considera que existe un precedente jurisprudencial fijado por esta Corporación que por Sala de Revisión Octava resolvió un caso cuyos hechos objeto de análisis eran semejantes al caso que aquí se debate, las consecuencias jurídicas empleadas a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.

En efecto, en la sentencia T-650 de 2009 emitida por la Sala Octava de Revisión de ese entonces resolvió un caso bajo 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 consideró que el juez de tutela de instancia resolvió negar la solicitud bajo un argumento de plena formalidad, sin tener en cuenta los sujetos que reclamaban la protección ya que eran discapacitados. Además sostuvo que el hecho de que no existiera solicitud del tratamiento al Comité Técnico Científico no era una instancia más entre el usuario y la EPS para negar la solicitud, considerando así que se estaba desconociendo el precedente jurisprudencial que sobre este tema ha fijado la Corte Constitucional.

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. Además sostuvo que dichas terapias debían practicarse preferiblemente en el centro de capacitación “CENCAES” por encontrarse en el municipio de soledad Atlántico, lugar de residencia de los allí demandantes.

En este orden de ideas, ya existe un pronunciamiento emitido por esta Corporación con los supuestos de hecho similares a los que aquí se debaten, ya que en el presente caso el menor Luciano de Jesús padece síndrome de down, y requiere el mismo tratamiento integral ordenado en la sentencia T-650 de 2009, por lo que las consecuencias jurídicas aplicadas a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y la regla jurisprudencial no cambiado. En consecuencia se aplicará el precedente jurisprudencial fijado por ésta Corporación al caso del menor Luciano de Jesús por las razones aquí anotadas.

6. Los supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro de servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Conforme lo establece la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, todas las personas tienen derecho a que se garantice el acceso a los servicios que requieran para conservar su salud, cuando se encuentre gravemente comprometida la vida digna e integridad personal, ámbito que ha sido denominado por la legislación el ‘aseguramiento en salud’ que comprende (i) la administración del riesgo financiero, (ii) la gestión del riesgo de salud, (iii) la articulación de los servicios que garantice el acceso afectivo, (iv) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (v) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario (Ley 1122 de 2007).²⁹

Para garantizar el acceso a los servicios de salud, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece el Plan Obligatorio de Salud³⁰ que tiene por finalidad la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Ahora bien, según dispone el numeral 13 del artículo 54 del Acuerdo No. 008 del 29 de diciembre de 2009, hace parte de las exclusiones al régimen contributivo las “actividades,

procedimientos, e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación distintos a los necesarios de acuerdo a evidencia clínica debidamente demostrada para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido en reiteradas oportunidades que el amparo por vía de tutela del derecho a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.³¹

En concordancia con el criterio jurisprudencial señalado, esta Corporación ha indicado que en los casos en que una Entidad Promotora de Salud –sea del Régimen Contributivo o Subsidiado- niegue a un menor el suministro de un medicamento, 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, la salud y la seguridad, el juez de tutela podrá bajo determinadas condiciones, disponer la inaplicación de las normas que prevén tal exclusión, y en consecuencia, ordenar la prestación médica requerida. ³²

Por lo tanto, “los jueces deberán constatar en concreto la índole de la prestación reclamada y habrán de analizar con detalle la situación en que se exige su cumplimiento pues, (...) se trata de obligaciones cuya realización implica fuertes erogaciones económicas y en países con recursos escasos no puede perderse de vista la necesidad de fijar prioridades. De ahí que el vínculo entre la no prestación del servicio exigido y la afectación de la dignidad de la persona así como la falta de capacidad de pago constituyan criterios determinantes para que proceda la protección del derecho fundamental a la salud por vía de tutela cuando se trata de prestaciones no contempladas en los planes legales y reglamentarios de salud.”³⁴

Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del plan obligatorio de salud se justifica en buena medida por las limitaciones

presupuestales existentes en el contexto Colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes 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; (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.

Señaló este Tribunal en sentencia T-760 de 2008:

“En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.”(negrilla fuera de texto)

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, la Sala de Revisión procederá a verificar si en el presente caso del menor Luciano de Jesús Angulo Muñoz, 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 del diagnóstico por sus condiciones particulares

7. Estudio del caso concreto.

7.1. Verificación de la legitimación en la causa por activa para solicitar la protección de los derechos fundamentales del menor Luciano de Jesús Angulo Muñoz.

La Constitución dispone la acción de tutela como un instrumento para salvaguardar derechos fundamentales, el cual permite que cuando exista trasgresión el titular de los mismos interponga la acción o se agencien derechos de terceros, con el objeto de dar efectiva protección.

Así, el artículo 86 de la Constitución establece que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

De lo anterior, se colige que la acción de tutela puede ser interpuesta por el titular de los derechos presuntamente vulnerados o por quien actúe a su nombre cuando éste se encuentre imposibilitado para promover su propia defensa. En tal sentido, esta Corporación sostiene que tratándose de derechos de los niños, es posible que un tercero actúe en su nombre con el objeto de salvaguardar sus intereses fundamentales.

En el caso concreto, se pretende la protección de los derechos a la salud y la vida del menor Luciano de Jesús Angulo Muñoz, por parte de su padre el señor Luciano de Jesús Angulo Gómez; por lo que tratándose del amparo de derechos fundamentales de un menor de edad, existe una protección reforzada por parte del Estado.

7.2. Verificación del cumplimiento de los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional para que se ordene el tratamiento de salud que se encuentra por fuera del Plan Obligatorio de Salud.

Es importante señalar como se dispuso en la parte considerativa de la presente providencia, que la Sala de Revisión encuentra un precedente jurisprudencial el cual debe aplicarse al presente caso.

La sentencia T-650 de 2009 en un caso similar, ordenó a la EPS el tratamiento integral requerido a dos personas con similares padecimientos a los del menor Luciano de Jesús,

obligando practicar las terapias en hidroterapia, musicoterapia, animalterapia y equinoterapia previa valoración del médico adscrito a dicha entidad para determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento a realizarse.

En este orden se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial emitido por ésta Corporación al respecto, ya que el problema aquí debatido ya tuvo una resolución favorable para personas que se encontraban en las mismas condiciones de discapacidad como la del menor Luciano de Jesús. Por lo que la sala de Revisión a efectos de garantizar los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica procederá a dar aplicación a dicho precedente.

Luciano de Jesús Angulo Gómez, en representación de su menor hijo Luciano de Jesús Angulo Muñoz, presentó acción de tutela contra Salud Total E.P.S., con el fin de que sean restablecidos los derechos fundamentales a la igualdad, vida en condiciones dignas y salud. Estima que fueron vulnerados estos derechos por la citada E.P.S. por los precarios tratamientos ordenados a su hijo, ya que padece Síndrome de Down y requiere un servicio terapéutico integral e intensivo (la práctica de las terapias de equinoterapia, animalterapia, hidroterapia y musicoterapia) necesarias para tratar la enfermedad de su hijo.

De conformidad con las pruebas que reposan en el expediente de tutela se tiene probado que:

- i. Luciano de Jesús Angulo Muñoz padece síndrome de down (folio 15 a 28 del cuaderno principal), vive en el municipio de Soledad- Atlántico y está afiliado como beneficiario al régimen contributivo EPS SALUD TOTAL. (ver 15 a 28 cuaderno principal);
- ii. El menor está matriculado en el Centro de Capacitación especial “CENCAES” donde recibe educación especial, cuya sede queda en la municipalidad donde vive el menor. El servicio terapéutico integral e intensivo (musicoterapia, hidroterapia, animalterapia, terapia método ABA) es un servicio adicional que requiere el menor pero éste se encuentra por fuera del POS. (ver folios 6, 59, 67, 68);
- iii. Se encuentra acreditado que la entidad demandada EPS SALUD TOTAL negó la

autorización del tratamiento integral e intensivo solicitado por el accionante, al considerar que lo solicitado (i) hace parte de las exclusiones y limitaciones del POS, (ii) el paciente debe ser evaluado por psiquiatría infantil de la red (iii) el centro de capacitación especial “CENCAES” no tiene contrato ni vinculación alguna dentro de la red de prestadores de servicios de la E.P.S. (iv) que la EPS tiene contrato con la IPS Instituto de Rehabilitación ISSA Abuchaibe con sede en Barranquilla, entidad que ofrece el tratamiento de rehabilitación en salud, talleres de análisis de comportamiento aplicado ABA sin que se esté afectando al paciente sus derechos fundamentales por tanto considera que el accionante debe asumir el costo de las mismas. (ver folios 16 a 27 cuaderno 2);

iv. Por recomendación médica efectuada tanto por el médico neurocirujano (no adscrito a la EPS- SALUD TOTAL) doctor David Dancur Baldovino como por la psicóloga y la fonoaudióloga del centro “CENCAES” al menor Luciano de Jesús, se considera necesario efectuar unas terapias integradas intensivas y penamentales: hidroterapia, animalterapia, musicoterapia, equinoterapia, terapias con el método ABA en indicó que “se requiere estimular función motora, sensitiva, sensorial y cognoscitiva por cuadro de discapacidad PSICOMOTORA con DEFICIT COGNITIVO”. (ver folio 8 del cuaderno principal).

El argumento medular de defensa al que acudió la entidad demandada para excusar la negativa de autorización de las terapias solicitadas por el demandante, radicó en que (i) el accionante no ha utilizado y agotado todas las posibilidades terapéuticas que están dentro del POS, como los servicios ofrecidos por la IPS Instituto de Rehabilitación ISSA Abuchaibe con sede en Barranquilla (ii) que los conceptos emitidos por el neurólogo David Dancur Baldovino y por la psicóloga y fonoaudióloga de “CENCAES” fueron efectuados por profesionales en la salud no adscritos a la E.P.S. SALUD TOTAL, (iii) que las terapias integrales que solicita el accionante son de carácter educativo y no referentes a mejorar la salud del menor Luciano. En este orden se dejan precisadas las razones por las que la EPS no accedió a la solicitud del petente.

Para la Sala de Revisión lo anterior no es de recibo por varias razones.

La primera, radica en que no se tuvo en cuenta varios factores por parte de la EPS Salud Total para negar un servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, entre los que se encuentran (i) se debe verificar los sujetos que reclamaban la protección en éste caso

un menor de edad, (ii) la enfermedad que padece, en el presente caso el menor Luciano padece síndrome de down y (iii) el tipo de servicio requerido, las terapias integrales requeridas para mejorar la salud del menor.

En segunda instancia, la circunstancia de que un medicamento, procedimiento o tratamiento ordenado a una persona por un médico tratante que no se encuentra adscrito a determinada E.P.S. no es por sí misma una razón constitucionalmente suficiente para negar el servicio de salud por cuanto puede convertirse en una barrera para el acceso, resultando más garantista que en el momento en el que la entidad tenga conocimiento de dicha situación que puede ser inclusive con ocasión de la presentación de una acción de tutela, indique las razones de naturaleza científica por las cuales no es conveniente o puede resultar lesivo de la salud de la persona la práctica de lo ordenado por el galeno que no se encuentra adscrito a la red de servicios de la E.P.S. Sobre el particular esta Corporación ha considerado³⁵:

“No obstante, 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.”³⁶

Resulta importante resaltar la especial protección constitucional que se debe garantizar al menor Luciano de Jesús, ya que además de la obligación de protección por ser menor de edad, es necesario materializar la protección por su condición de discapacidad. En este orden de ideas, ni las razones de la EPS Salud Total, ni la justificación del juez de instancia de tutela son de recibo por esta Sala de Revisión, ya que en reiteradas providencias emitidas por ésta Corporación³⁷, se ha protegido el derecho a la salud a menores que por su condición de discapacidad no reciben una cobertura efectiva e integral en materia de salud.

En este contexto, no cabe duda de que el déficit cognitivo que padece el demandante como una de las tantas patologías que pueden derivar en discapacidad, es una razón más que

suficiente para protegerlo especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentran, pues no hacerlo sería ubicarlos en un plano de desigualdad que resulta inadmisibles a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política.

En sentencia T-988 de 2003 se hizo referencia al concepto de “curar”, concepto que resulta de gran importancia en esta providencia, teniendo en cuenta la enfermedad que padece el menor Luciano de Jesús y a efectos de determinar que debe procurar la entidad prestadora de salud en los términos de su competencia, así según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas (Salvat Editores S.A., Undécima Edición, pág. 323) CURAR significa, además del restablecimiento de la salud, el “conjunto de procedimientos para TRATAR una enfermedad o afección”.³⁸

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

Al respecto es importante señalar que el concepto de salud como lo dispone la OMS no sólo abarca la ausencia de afecciones o enfermedades, comprende además un completo bienestar. Esto obliga a concluir que la distinción que hace la parte demandada en determinar qué prestación exclusivamente conserva la salud, se opone a las garantías constitucionales que se deben al menor. Así al considerar que tratamiento integral de las terapias es un asunto netamente educacional, resulta discutible por cuanto el menor Luciano padece síndrome de down, lo que lo ubica en un plano de especial protección constitucional ya que como lo corroboran los dos conceptos de los neurocirujanos antes referidos, tales terapias son indispensables para optimizar la estimulación de la función motora, sensitiva, sensorial y cognoscitiva del menor, asunto concerniente a la salud del menor.

Ahora bien, en relación con los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, es claro a partir de los elementos probatorios que hacen parte del expediente, que (i) las terapias integradas, intensivas y permanentes ordenadas por el médico neurocirujano dispuestas para la estimulación de la función motora, sensitiva, sensorial y cognoscitiva, son indispensables para garantizar sus derechos fundamentales a la salud y a la integridad física,

en tanto que presenta un cuadro de discapacidad psicomotora con déficit cognitivo, padece de síndrome de down y retraso del desarrollo psicomotor lo que obliga la protección reforzada a sus derechos fundamentales; (ii) existe incapacidad económica del padre del menor para que asuma el costo de las terapias integrales requeridas para su menor hijo, al respecto esta Corporación tiene establecida una copiosa jurisprudencia en la que ha considerado que la carga de la prueba en este evento se invierte en cabeza de la E.P.S. demandada, toda vez que dichas entidades tienen acceso a la información socioeconómica de sus usuarios, lo que les permite generar un debate importante sobre este asunto, de tal suerte que la inacción tiene como consecuencia jurídica que se tenga como prueba suficiente para presumir que el afectado no cuenta con los recursos económicos para acceder a determinado servicio de salud.³⁹ y (iii) que de no realizarse las terapias integrales dispuestas, se ponen en peligro los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Cuando dichas circunstancias se presentan, la entidad prestadora de salud está en la obligación de prestar el servicio requerido en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona, más aun cuando es un menor de edad, en este caso que padece una enfermedad base Síndrome de Down según el examen de diagnóstico TRISONOMIA 21 efectuado por Salud Total E.P.S., en el mes de febrero de 2006.⁴⁰

Con todo lo dicho, es necesario determinar que la entidad prestadora del servicio de salud están en la imperiosa obligación de suministrar la atención requerida si es factible para el paciente obtener una mejoría o progreso en su salud mediante las terapias integrales requeridas, logrando con ello mantener en el menor una mejor calidad de vida. Resulta importante resaltar que la patología que sufre el demandante "Síndrome Down" es una discapacidad que conlleva una limitación psíquica o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos que asume riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio⁴¹, es una razón más que suficiente para proteger especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentra, pues no hacerlo sería ubicarlo en un plano de desigualdad que resulta inadmisibles a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política.

Ahora bien, en lo que respecta a que entidad debe prestar dicho servicio, se encuentra

acreditado en la contestación de la demanda que la EPS SALUD TOTAL tiene contrato con la IPS Instituto de Rehabilitación ISSA Abuchaibe con sede en Barranquilla, sin embargo, como se constata el accionante y su menor hijo tienen su domicilio en el municipio de Soledad Atlántico, aunado a que carece de recursos económicos para hacer el respectivo traslado del menor de su residencia a la ciudad de Barranquilla.

Con todo lo dicho, se ordenará a la EPS Salud Total practicar al menor Luciano de Jesús las terapias integrales preferiblemente a través del Centro de de capacitación especial "CENCAES" ya que este se encuentra en la municipalidad del domicilio del menor, con la salvedad de que en el evento de no existir contrato con este organismo, podrán ser prestadas en otro siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para acceder al servicio de salud del menor.

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,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para fallar el presente proceso.

Segundo.- REVOCAR las sentencias dictadas por el Juzgado primero (1°) Penal Municipal de Soledad (Atlántico), sentencia del veinticuatro (24) de marzo de 2009, para en su lugar, ACCEDER a la protección constitucional solicitada por Luciano de Jesús Angulo en representación su menor hijo Luciano de Jesús Angulo Muñoz.

Cuarto.- ADVERTIR a SALUD TOTAL E.P.S. que las terapias ordenadas preferiblemente deberán realizarse en el Centro de Capacitación Especial -CENCAES- que se encuentra en el municipio de Soledad (Atlántico), donde están ubicada la residencia del demandante, con la salvedad de que en el evento de no existir contrato con este organismo, podrán ser prestadas en otro siempre y cuando no implique una carga desproporcionada o un obstáculo para acceder al servicio de salud.

Quinto.- PREVENIR a SALUD TOTAL E.P.S. para que repita hasta por la mitad del valor de las terapias ordenadas en esta sentencia ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, en

tanto se cumplen los presupuestos establecidos en la sentencia C-463 de 2008.

Sexto.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Pag. 18 Cuaderno 1.

2 Ver pagina 25, 26 cuaderno 3.

3 Ver páginas 26 y 27 cuaderno 3.

4 Ver página 27 cuaderno 2.

5 Ver páginas 28 a 34 cuaderno 2.

6 Ver páginas 35 a 41 cuaderno 2.

7 Ver páginas 73 a 76 cuaderno 1.

8 Ver las sentencias T-137 de 2006, T-614 de 2007, T-127 de 2007, T-840 de 2007, T-862 de 2007, T-576 de 2008, T-282 de 2008, T-1081 de 2008.

9 Observación no. 14 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.

10 Ver sentencia T-760 de 2008. En dicha sentencia se hace referencia a la Observación General N° 14 (2000) 'El derecho del más alto nivel posible de salud'.

12 Para el Comité, esto implica, por ejemplo, "(i) la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; (ii) la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; (iii) la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos." (Observación General N°14).

13 *Ibídem*. Para el Comité, estos contenidos del derecho "exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA". El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. "La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas." (Observación General N°14).

14 Para el Comité este derecho contempla (i) "el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; (ii) programas de reconocimientos periódicos; (iii) tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; (iv) el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental." También advierte el Comité que se debe mejorar y fomentar

la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional.” (Observación General N°14).

15 Sentencia T-860 de 2003, T-223 de 2004, T-538 de 2004.

16 Sentencia T-1211 de 2003, T-986 de 2006, T-695 de 2007, T-443 de 2004, T-650 de 2009, T-973 de 2006, T-840 de 2007 entre otros.

17 Sentencia T-973 de 2006.

18 Sentencia SU-225 de 1998.

19 Sentencias T-974 de 2000, T-864 de 1999, T-727 de 1998 y T-415 de 1998.

20 Sentencia T-864 de 1999.

21 Sentencia T-556 de 1998.

22 Sentencia T-198 de 2006.

23 Sentencia T-179 de 2000.

24 Sentencia C-401 de 2003.

25 Sentencia T-067 de 1994.

26 T-478 de 2008.

27 T-478 de 2008.

28 Sentencia T-430 de 1994.

29 Sentencia T-650 de 2009.

30 El Decreto Reglamentario 806 de 1998 (Art. 3°), establece como planes de beneficios en salud (i) el plan de atención básica en salud (PAB), (ii) plan obligatorio de salud del régimen

contributivo (POS), (iii) plan obligatorio de salud del régimen subsidiado (POSS), (iv) atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos y (v) atención inicial de urgencias.

31 Sentencia T-576 de 2008.

32 Sentencia T-256 de 2002.

33 *Ibídem*.

34 *Ibídem*.

35 Ver sentencia T-650 de 2009. En sentencias T-835 de 2005 y T-151 de 2008, la Corte ordenó el suministro de servicios de salud a pesar de que no fueron ordenados por médicos adscritos a las E.P.S. correspondientes, por tratarse de menores de edad que padecían pubertad precoz e infección urinaria frecuente, respectivamente.

36 T-760 de 2008.

37 Ver sentencias T-016 de 2007, T-998 de 2007, T-760 de 2008, T-391 de 2009, T-207 de 2009 entre otras.

38 Sentencia T-988 de 2003.

40 Ver folios 16 cuaderno principal.

41 Ver Artículo 2 de la Ley 1306 de 2009.