Sentencia T-869/11

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

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Suministro de pañales desechables y transporte en ambulancia o en otro medio idóneo para joven que sufre parálisis cerebral

Referencia: expediente T-3145730

Acción de tutela instaurada por Betty Maritza Navarro, en representación de su hijo Andrés Felipe Gómez Navarro, de 12 años de edad, contra Salud Total EPS

Procedencia: Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo único de instancia dictado por el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Betty Maritza Navarro, en representación de su hijo Andrés Felipe Gómez Navarro, de 12 años de edad, contra Salud Total EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que efectuó el referido despacho judicial, en virtud de lo ordenado por los artículos 86, inciso 2° de la Constitución Política y 31 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección Octava de la Corte, en agosto 18 de 2011, eligió este asunto para su revisión.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y narración efectuada en la demanda

La accionante, obrando en representación de su hijo Andrés Felipe Gómez Navarro, de 12 años de edad, reporta que él padece “parálisis cerebral espástica”, sin control de esfínteres,

y con “displasia de cadera + escoliosis toracolumbar + cuadriparesia espástica + triplejía espástica”, por lo cual fue intervenido quirúrgicamente en marzo 28 y abril 14 de 2011, para “disminuir los efectos nocivos de las enfermedades que padece”, realizándole el médico tratante “osteotomías desrotadoras, varizantes y extensoras de fémur proximal bilateral por subluxación de caderas más retiro de material de osteosíntesis”.

Afirma que requiere ambulancia para asistir a una cita de control ordenada por el médico tratante, quien recomendó “traslado en ambulancia ya que esta fijación de las osteotomías es con placas y por el tamaño ya no se puede colocar yesos, debe mantener las extremidades estiradas en abducción, lo que hace muy difícil el traslado en carro particular” (f. 24 cd. inicial).

Aseveró que el niño se encuentra vinculado en calidad de beneficiario al sistema de seguridad social, en Salud Total EPS, a la cual solicitó en abril 25 de 2011 “autorizar el servicio de ambulancia gratuito…, ordenado por el médico tratante”, al igual que el suministro de pañales, debido a que “no controla esfínteres” y requiere “6 pañales diarios, 180 mensuales”, con un costo de “$1500 c/u por un total de $270.000, suma que escapa de nuestras posibilidades económicas”, servicios que la entidad accionada no autorizó, aduciendo que se encuentran excluidos del POS.

B. Respuesta de la entidad accionada

La Gerente de la oficina de Bogotá de Salud Total EPS respondió que efectivamente es un paciente de 12 años de edad, quien se encuentra en postoperatorio de osteotomía varizante extensora de fémur bilateral, cirugía que fue realizada en la IPS Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt; incluye una extensa lista de procedimientos que le han realizado al referido niño, para concluir que “nunca se le ha negado ningún servicio”.

Indicó que el transporte del paciente en ambulancia está incluido en el Plan Obligatorio de Salud en ambos regímenes, siempre y cuando el médico tratante defina si lo requiere, considerando improcedente la acción de tutela por no existir orden médica que ordenara esa movilización especial del niño a las citas de control, pues solo existe “una recomendación de no trasladarse en carro particular”, sin especificar “el tipo de traslado que requiere”. Respecto a los pañales desechables manifestó que “no se evidencia orden médica que lo establezca como tratamiento a las múltiples patologías que presenta el menor” (f. 56 cd. inicial).

En ese orden de ideas, añadió que los servicios solicitados “no se encuentran indicados para el tratamiento del paciente” y reiteró que no existe orden médica para “traslado en ambulancia”, aclarando que ésta “es un vehículo dotado con los elementos necesarios para proveer de manera eficiente la asistencia prehospitalaria que el paciente requiere para mantener su estado de salud hasta el acceso al centro asistencial”, y como los pañales desechables no están determinados como tratamiento, no hay vulneración a ningún derecho fundamental (f. 57 ib.).

Agregó que el suministro de los pañales desechables es además improcedente, por cuanto no corresponden a un servicio esencial de salud ni forman parte de un tratamiento médico que pueda ser asumido por la EPS, pues mediante su utilización “no se asegura la protección

de derecho fundamental alguno; y el no suministro de los mismos en ningún momento vulnera los derechos fundamentales, ya que éstos son destinados al aseo personal… y no conllevan al paciente a una recuperación o estabilización de sus funciones normales" (fs. 57 a 58 ib.).

C. Decisión objeto de revisión

El Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá, en sentencia de junio 13 de 2011, no recurrida, negó el amparo de los derechos a la salud, a la vida y de los niños, al estimar que "para que prospere la acción de tutela contra una EPS que niega una autorización…, el tratamiento o el medicamento debe estar determinado por el médico tratante", el cual es "el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS que examine como médico general o como especialista"; de no provenir la prescripción del galeno que ostente tal calidad, el juez de tutela no puede dar órdenes a la EPS "encaminadas a la realización de tratamientos determinados por médicos particulares" (f. 64 cd inicial.).

Por ende, "al no existir objeto que confirme que existe orden médica y por tanto la negativa de la entidad es que la presente acción está llamada a no prosperar", por cuanto el tratamiento no fue "prescrito por un médico adscrito a la EPS".

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

Segunda. El asunto objeto de análisis

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la entidad demandada ha violado los derechos fundamentales a la vida, a la salud y de los niños, por la negativa de Salud Total EPS a prestar el servicio de ambulancia, para asistir a controles, a un paciente de 12 años de edad que padece "parálisis cerebral espástica", sin control de esfínteres, y "displasia de cadera + escoliosis toracolumbar + cuadriparesia espástica + triplejia espástica", habiéndosele practicado "osteotomia desmotadoras, varizantes y extensoras de fémur proximal bilateral", debido a "subluxación de caderas más retiro de material de osteosíntesis, en marco de paciente con cuadriparesia espástica", negando también el suministro de pañales desechables, arguyendo la EPS que no hay orden expresa del médico tratante y tal provisión se encuentra fuera del POS.

Tercera. Protección especial a niños, niñas y adolescentes, máxime si se encuentran enfermos o en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

En apropiado desarrollo de la preceptiva constitucional e internacional, el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes ha sido defininido por esta corporación como fundamental, por sí mismo y con carácter prevalente sobre los derechos de los demás.1

Recuérdese que la Constitucion señala en su artículo 44: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social… La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. … Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

Además, el artículo 13 superior ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta2 y el artículo 47 ibídem ordena al Estado 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", como merecedores de cuidado integral y ante toda clase de novedades, en procura del restablecimiento de la salud y como mecanismo de integración social, para su completa realización personal, asistencia y protección, teniendo en cuenta el derecho a la igualdad.

Como respaldo al tratamiento especial del derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes, existen instrumentos internacionales que les otorgan estatus de sujetos de protección especial, también en el campo de la salud, que se reconoce como derecho fundamental. Cabe resaltar entre ellos:

1. La Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, cuyo principio 4° señala: "El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados."

2. La Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 24 reconoce el "disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud", resaltando que los Estados Partes "se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios" y "asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: … b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud".

3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre cuyos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños, el numeral 2° del artículo 12 estatuye, como deber de los Estados Partes firmantes, adoptar las medidas necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños."

4. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24: "Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado."

5. La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

6. La Declaración Universal de Derechos Humanos, numeral 2° del artículo 25: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."

7. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre 13 de 2006, aprobada por Colombia en la Ley 1346 de julio 31 de 2009, ambas declaradas exequibles mediante sentencia C-293 de abril 21 de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), en su artículo 1° establece como propósito "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente". En el 26 obliga a los Estados Partes a adoptar medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante "el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida", organizando, intensificando y ampliando servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, comenzando "en la etapa más temprana posible " (no está en negrilla en el texto original).

Siguiendo todo lo anteriormente expuesto, la jurisprudencia de esta Corte ha sido uniforme en deducir que la negativa de las empresas promotoras de salud a suministrar a menores de 18 años de edad servicios, intervenciones, tratamientos, elementos y medicamentos prescritos por el médico tratante y/o necesarios para preservar su salud y la calidad de vida, así estén excluidos del POS, es ostensiblemente vulneradora de sus derechos fundamentales.

Cuarta. Los servicios y procedimientos requeridos se encuentran contenidos en el POS-S

Por medio del acuerdo 008 de 2009, la Comisión de Regulación de Salud dio cumplimiento a lo establecido por esta corporación en el numeral décimo séptimo de la sentencia T -760 de 2008, referido a la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS).

Así, el artículo 33 de dicho acuerdo indicó, frente a la movilización de pacientes, que "el Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remisora. El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transpone adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud."

Frente al transporte del paciente ambulatorio, se lee en su artículo 34 que "en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluido en el POS o POS-S según el caso, no disponible en el municipio de residencia del afiliado será cubierto con cargo a la prima adicional de las UPC respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca".

Con anterioridad a esta normativa la Corte ya se había apoyado en el principio constitucional de solidaridad, consagrado en el numeral 2º del artículo 95 de la Constitución Política, para ordenar la financiación de los gastos de desplazamiento y estadía de una persona, en

procura del acceso a los servicios de salud que requiera. Este principio impone a toda persona el deber de responder “con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”3.

Sobre el tema, esta Corte ha amparado el transporte en el tratamiento de ciertas dolencias, puesto que, si bien no es un servicio médico propiamente tal, en ciertos casos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados el desplazamiento, que de ser necesario se efectuará en ambulancia, y la estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica4. Por ello se ha señalado en varias ocasiones que el derecho a acceder a los servicios de salud, incluya el transporte para poder recibir la atención requerida5.

Ya en vigencia del precitado acuerdo 008 de 2009, esta corporación ha destacado que la obligación de asumir el transporte de una persona corresponde a las EPS, cuando se acredite: “(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona6,(ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”7

Lo anterior, en virtud de que la prestación del servicio de salud no se agota con la autorización de los procedimientos médicos, comoquiera que en ciertos casos las empresas promotoras de salud deben suministrar los medios que le posibiliten al paciente acceder al tratamiento médico y, con ello, propiciar el restablecimiento de su salud.

De otra parte, esta Corte ha reiterado que si por la aplicación estricta de la reglamentación que excluye ciertos servicios, tratamientos, procedimientos o medicamentos del POS, resultan en riesgo o violados derechos fundamentales de afiliados o beneficiarios de una entidad de previsión social, la acción de tutela se torna procedente para proteger la salud, en desarrollo de los criterios rectores de la aplicación directa de los preceptos superiores (art. 4° Const.), sobre normas infra constitucionales que vulneren derechos fundamentales, lo cual es posible debido al efecto normativo de la carta política, que irradia su supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Tales criterios son: (i) la falta del servicio médico afecta los derechos a la vida, la salud, la integridad personal y la seguridad social del solicitante; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede costearlo, ni se le brinda la posibilidad de acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido ordenado por un médico, que excepcionalmente puede no ser el adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio.

Quinta. Caso concreto

En el presente asunto, la señora Betty Maritza Navarro, actuando en representación de su hijo Andrés Felipe Gómez Navarro, de doce años de edad, solicita la protección de los derechos fundamentales del niño a la vida digna, a la salud y de los niños, que considera violados por Salud Total EPS, que se negó a suministrarle pañales desechables y trasladarlo en ambulancia para asistir a las citas médicas de control, que requiere para mejorar su calidad de vida, por padecer “parálisis cerebral espástica”, sin control de esfínteres y con

“displasia de cadera + escoliosis toracolumbar + cuadriparesia espástica + triplejia espástica”.

Andrés Felipe Gómez Navarro fue intervenido quirúrgicamente en marzo 28 y abril 14 de 2011, practicándosele “osteotomías desrotadoras, varizantes y extensoras de fémur proximal bilateral por subluxación de caderas más retiro de material de osteosíntesis, en marco de paciente con cuadriparesia espástica”, correspondiéndole a esta Sala de Revisión determinar si Salud Total EPS vulnera sus derechos fundamentales al no autorizar que se le traslade en ambulancia cuando acude a los controles médicos, ni el suministro de pañales desechables.

A fin de resolver el problema jurídico, la Sala se pronunciará sobre cada aspiración, a la luz de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia atinente.

La entidad accionada no ofreció una alternativa dentro del POS para suplirlos, debiendo entonces establecerse si, de tal manera, se cumplen los requisitos señalados en precedencia para que se efectúe el suministro solicitado.

En primer lugar, es palmario que la carencia de tales implementos, aunque catalogados como de “aseo”, sí afecta la calidad de vida del niño y de quien o quienes lo cuidan, pues la ausencia de control sobre los esfínteres hace indispensable su uso. Al respecto esta corporación en fallo T-664 de agosto 30 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiterado recientemente en el T-114 de febrero 24 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, señaló:

“Concretamente, en lo que tiene que ver con la negativa por parte de una EPS a suministrar pañales desechables a los afiliados que por diversos padecimientos no controlan sus esfínteres, esta Corporación ha dicho que tal negativa vuelve indigna la existencia humana ya que no les permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, les impide desarrollarse plenamente8. La inhabilidad para controlar los esfínteres impide al afiliado llevar una vida normal en el desempeño de sus actividades diarias, a menos que se le proporcione en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia del ser.”

En segundo lugar, la señora que incoó la presente acción en representación de su hijo, indicó que es cabeza de hogar y devenga un salario mínimo, por lo cual no puede costear los elementos negados (“en el día 6 pañales, el costo de cada pañal es de $1500… 180 pañales al mes… valor mensual… $270.000” suma que escapa de nuestras capacidades económicas”, f. 13 ib.), ni los medicamentos que requiere el niño, aseveraciones que no fueron controvertidas por la entidad accionada, ni por el Juzgado de instancia.

Así se colige que, en el caso en particular, procede ordenar la dotación de pañales desechables, como tutela del derecho fundamental a la vida digna, por estar acreditados los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para acceder a elementos que estén fuera del POS.

5.2. Por otra parte, sobre el transporte hacia y desde donde se practican los controles, el médico tratante adscrito al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, IPS a la que Salud Total EPS efectuó la remisión, al realizar el análisis y evolución para condiciones de salida, con

fecha abril 1° de 2011, recomendó el “traslado en ambulancia ya que esta fijación de las osteotomías es con placas y por el tamaño ya no se puede colocar yesos. Debe mantener las extremidades estiradas en abducción, lo que hace muy difícil el traslado en carro particular” (no está en negrilla en el texto original, f. 24 ib.).

Ante las condiciones físicas del niño Andrés Felipe Gómez Navarro, es claro que la negación del recomendado transporte en ambulancia constituye otra grave barrera contra la satisfacción de los paliativos en el requerido servicio de salud, por lo cual, previa revocatoria del fallo de instancia, también se ordenará a la EPS accionada, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, sin aún no lo ha realizado, que en el término de 48 horas autorice con efectividad el servicio de transporte más idóneo frente a las apremiantes necesidades del mencionado niño.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo dictado en junio 13 de 2011, por el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá, que negó el amparo solicitado. En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del niño Andrés Felipe Gómez Navarro, invocados en representación suya por su señora madre Betty Maritza Navarro.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a Salud Total EPS, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, haga efectiva la autorización, por todo el tiempo requerido, del servicio de transporte más idóneo y el suministro de pañales desechables, frente a las necesidades del niño Andrés Felipe Gómez Navarro.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr., entre muchos otros fallos, T-397 de 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-943 de 2004 (M. P. Álvaro Tafur Galvis); T-510 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-864 de 2002 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra); T-550 de 2001 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

2 "… El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

3 T- 019 de enero 22 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

4 T -760 de julio 31 de 2008; M. P. José Manuel Cepeda Espinosa.

5 T -350 de mayo 2 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

6 T- 550 de agosto 6 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo

7 T -745 de octubre 19 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T -365 de mayo 22 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo; T- 437 de julio 8 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

8T-099 de febrero 18 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.