

Sentencia T-869/12

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Caso en que EPS no autoriza atención médica domiciliaria y entrega de elementos de aseo a menor que padece Síndrome de Down

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS COMO FUNDAMENTAL, AUTONOMO Y PREVALENTE-Reiteración de jurisprudencia

La protección al derecho a la salud, según la Corte Constitucional, cobra mayor relevancia, según la condición de los sujetos que alegan el derecho, como sucede en el caso de los niños, niñas y adolescentes, siendo de protección reforzada de manera especial cuando éstos presentan algún tipo de discapacidad que les ocasiona una disminución física o mental, razón por la que se les debe proteger de manera prioritaria, con fundamento en los artículos 13 y 47 de la misma Constitución.

ACCESO A SERVICIOS MEDICOS NO CONTEMPLADOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Presupuestos jurisprudenciales

La Corte, en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los cotizantes y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, ha previsto que cuando la normatividad establecida en el denominado POS, atenta contra los derechos constitucionales fundamentales de los usuarios del servicio, tal reglamentación debe inaplicarse, previa verificación de los siguientes requisitos: i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna. ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente. iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud -EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante. iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

La atención en salud, según el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia colombiana, se debe dar de manera integral, esto implica todo el cuidado médico, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente. Así mismo, el servicio de salud se debe prestar con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico, por eso el juez constitucional debe ordenar que se garanticen todos los servicios médicos necesarios para cumplir el tratamiento. De igual manera, se tiene que el principio de integralidad se observa desde dos perspectivas, una relativa al concepto mismo del derecho a la salud y otra encaminada a destacar la necesidad de proteger efectivamente el mismo derecho, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas.

Reiteradamente la Corte ha sostenido que si una EPS, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano, suministra un servicio o un medicamento no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud - POS, dicha entidad tiene la facultad de recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA. Para autorizar el recobro ante el FOSYGA por parte de las EPS, se deben cumplir dos condiciones. La primera de ellas es que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que éste sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud. El otro es que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.

FACULTAD DE RECOBRO DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ANTE EL FOSYGA-Derecho a repetir contra el Estado a través del FOSYGA para recuperar todos los gastos en los que incurrió y que legalmente no le correspondía asumir

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Orden a EPS suministrar atención médica domiciliaria, así como los demás servicios que sean necesarios para garantizar la salud integral de la menor

Referencia: expediente T-3536654

Acción de tutela instaurada por Nalda del Río Cantillo, quien actúa como agente oficiosa de Sara Isabel Cano del Río contra Salud Total S.A. EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GÓNZALEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, el 8 de febrero de 2012, y el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cartagena, el 12 de abril de 2012, que resolvieron la acción de tutela promovida por Nalda del Río Cantillo, actuando como agente oficiosa de Sara Isabel Cano del Río contra Salud Total S.A. EPS.

I. ANTECEDENTES

El 19 de enero de 2012, la señora Nalda del Río Cantillo, actuando como agente oficiosa de su hija Sara Isabel Cano del Río, instauró acción de tutela contra Salud Total S.A. EPS, por considerar que esta con sus omisiones vulneró los derechos constitucionales de su hija a la salud, a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la integridad física, atendiendo a los siguientes hechos:

1. Su hija de 4 meses de nacida, padece Síndrome de Down y nació con una malformación ano-rectal compleja¹; se encuentra afiliada como su beneficiaria en la EPS Salud Total S.A.

1. Debido a la mencionada malformación², la menor ha sido intervenida quirúrgicamente en cuatro ocasiones³, por lo que en la actualidad tiene una colostomía⁴, razón por la que ha estado en la unidad de cuidados intensivos.

1. Por las patologías de su hija, la niña debe tener cuidados especiales en casa, para lo cual necesita implementos de aseo debido a la herida en su abdomen por la colostomía, además requiere una dieta alimenticia especial⁵ y acudir a las citas de genética en la ciudad de Barranquilla.

1. Cuenta que se dirigió incansablemente a la EPS accionada pidiendo le fueran entregados los medicamentos e implementos de aseo requeridos para su hija, y para que le fuera enviada a su casa, ayuda especializada para el cuidado de la salud de la menor, lo cual fue negado aduciendo que para la curación de la herida tenía que ir dos veces al día a la EPS⁶, lo que considera imposible por los costos económicos que ello implicaría y los riesgos a contraer con el traslado, si se tiene en cuenta su delicado estado.

2. Manifiesta que es madre cabeza de hogar, de escasos recursos, con otra hija de trece años, que vive con su mamá, quien es invidente y requiere también de su cuidado, y que tiene un trabajo que le exige dedicar la totalidad del tiempo, con salario insuficiente para costear la dieta especial que requiere su hija por intolerancia a la lactosa, la que genera un gasto semanal de 140.000 pesos.

1. Solicita le amparen los derechos fundamentales de su hija, ordenando como medida provisional, le sea asignada una persona especializada en el área de la salud para que se encargue de los cuidados de su hija en casa, y le sean entregados los implementos necesarios para el aseo de la menor: guantes, gasa, antibacterial, tapabocas, bolsas de colonoscopia, pañales desechables y leche Emfamil deslactosada según lo ordenado por el médico tratante.

1. Respuestas de la entidad accionada:

2.1. El 25 de enero de 2012, la Coordinadora Jurídica de la Sucursal de Cartagena de Salud Total S.A., solicitó denegar por improcedente la acción de tutela interpuesta, porque la entidad representada en ningún momento ha vulnerado o pretendido vulnerar los derechos fundamentales alegados.

Aduce que conforme a la base de datos de la EPS, no se encuentra negación de algún servicio médico ordenados por los médicos tratantes a la accionante. Al contrario, que conforme a la historia clínica de la menor, se le ha prestado el servicio médico requerido, se le han practicado las cirugías y los tratamientos requeridos desde su nacimiento, y, que frente a la solicitud de atención médica domiciliaria, no existe concepto del médico tratante que la haya ordenado y, para los cuidados que se deben tener con la menor, como las curaciones de colostomía, se instruyó a la madre para realizarlos.

Frente a los guantes, gasa, antibacterial, tapabocas y bolsas de colostomía, dice que deben ser solicitados a la EPS, para lo cual se requiere que el médico tratante diligencie la justificación de dichos insumos por no estar contemplados dentro del POS, y someterlos a consideración del Comité Técnico Científico.

Respecto a los pañales, que no existe orden médica que señale su necesidad como parte del tratamiento médico de la menor. Sostiene que dada la corta edad de la paciente, éstos son insumos de aseo no vitales para la vida humana, ya que por su desarrollo normal los niños no controlan esfínteres. Y que los pañales se encuentran excluidos expresamente del Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud - CRES, igual que ocurre con la leche deslactosada, la cual debe ser ordenado por un nutricionista o médico especialista tras la valoración correspondiente y así establecer un plan alimentario.

Finalmente, que debido a la patología genética de la infante, y la especialidad que se requiere para su estudio y manejo, no es ofertada por la IPS de la ciudad de residencia, y es necesario remitirla a Barranquilla para garantizar el acceso a los servicios de salud. Pese a ello, la Resolución 5261 de 1994, en el parágrafo del artículo 2º señala que cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá

ser remitido al municipio más cercano, los gastos generados por el desplazamiento serán de responsabilidad del paciente.

Por lo anterior, solicita denegar por improcedente la acción de tutela interpuesta y como petición subsidiaria, de ser concedido el amparo, se ordene al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA, pagar a favor de Salud Total EPS, el 100% de las sumas que en exceso deba asumir por la atención de Sara Cano del Río, por estar excluidas del POS o porque requieran periodos mínimos de cotización.

II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN:

1. Primera Instancia:

2. Impugnación presentada por la parte actora:

La parte accionante impugnó el fallo de tutela adverso, resaltando la gravedad del estado de su hija, quien tiene Síndrome de Down y una colostomía que requiere medicamentos y atención médica domiciliaria sin retrasos, para lo cual no tiene los recursos económicos necesarios.

3. Segunda instancia:

El 12 de abril de 2012, el Juzgado 1° penal del circuito para adolescentes con funciones de conocimiento de Cartagena, confirmó esa sentencia al considerar que no existe orden de los médicos tratantes, que sugiera los servicios solicitados, lo cual es necesario, toda vez que al juez constitucional no le es dable inmiscuirse en la órbita de competencia de los profesionales de la salud.

III. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN.

1. La gerente de la sucursal Cartagena de Salud Total S.A. EPS, el 5 de septiembre de 2012, expuso que al momento de ordenar la salida de la paciente de la UCI el 5 de diciembre de 2011, le explicaron cómo realizar las curaciones a su menor hija, razón por la que no se negó la prestación del servicio. A pesar de ello, sostiene que se programó visita a la menor para determinar si requería la atención domiciliaria solicitada, para lo cual el personal del plan de atención domiciliaria estableció que no existía pertinencia.

Del mismo modo, insistió en los argumentos presentados en la contestación de la tutela.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia:

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuados mediante auto de la Sala de Selección número 7, notificado el 10 de agosto de 2012.

2. Problema Jurídico:

Corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si Salud Total S.A. EPS, vulneró los derechos constitucionales a la salud, a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la integridad física de Sara Isabel Cano del Río, quien padece de Síndrome de Down y de una malformación ano-rectal compleja, razón por la que tiene una colostomía, al no autorizarle la atención médica domiciliaria, y al no hacerle entrega de los elementos de aseo requeridos para la atención de la menor como guantes, gasa, antibacterial, tapabocas, bolsas de colonoscopia, pañales desechables y la leche deslactosada.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala necesario ocuparse de los siguientes temas: (i) el derecho a la salud de los niños como fundamental y prevalente. Reiteración de Jurisprudencia; (ii) presupuestos jurisprudenciales frente al suministro de los servicios médicos contemplados o no en el Plan Obligatorio de Salud; (iii) el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud; (iv) facultad de las EPS de recobro ante el FOSYGA y, luego analizará (iv) el caso concreto.

3. El derecho a la salud de los niños como fundamental y prevalente:

3.1. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños, entre ellos el de la vida, la salud y la seguridad social son fundamentales⁷, y prevalecen sobre los derechos de los demás, según lo dispuesto por el mismo constituyente.

Frente a ello, y en lo que concierne al derecho a la salud de los niños, la Corte mediante sentencia T-760 de 2008, estableció que:

“La Constitución Política, para proteger a los menores, reconoce a sus derechos categoría y valor especiales. Por una parte se considera que son fundamentales, lo cual afecta tanto el contenido del derecho como los mecanismos aceptados para reclamar su protección. Por otra parte se les otorga especial valor al indicar que ‘los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás’ (art. 44, CP). Concretamente, se reconoce su derecho fundamental a la salud. Las medidas de protección especial que se debe a los menores deben tener por finalidad garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos. El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos”.

3.2. En la misma sentencia, se estableció la regla de procedencia de la acción de tutela en los casos en los que se alegue la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los niños, para cuya procedencia no se requiere que medie afectación a otros derechos fundamentales. Al respecto se señaló:

“La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’, debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad”.

El artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla el precepto constitucional sobre la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los demás, al definirlo como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”, entre esos derechos, se encuentra el de la salud, que debe ser garantizado de manera integral, y según el artículo 27 del citado Código, se debe entender como “un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad”.

3.3. El derecho fundamental a la salud, según la reiterada jurisprudencia constitucional es “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”⁸. Lo anterior responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, ya que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales⁹, que requiere que su protección se dé tanto en la esfera biológica del ser humano como en su esfera mental.

“La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. Art. 13).

Al amparo de la previsión del artículo 13 de la Carta, que impone al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, las autoridades deben emprender acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados, categoría dentro de la cual cabe incluir a los discapacitados, y de manera particular, cuando se encuentran en condiciones de pobreza.

En esta materia, la Corte ha puesto de presente que, por un lado, los discapacitados gozan de la plenitud de los derechos que la Constitución reconoce a todas las personas, entre los cuales se cuentan los derechos a la salud, a la educación y a la igualdad, razón por la cual resulta contrario a la Carta todo tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad”.¹¹

3.4. Por otro lado, los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, frente a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes son diversos, los cuales tienen

prevalencia sobre el ordenamiento jurídico interno conforme al denominado bloque de constitucionalidad a partir del artículo 93 de la Carta Política¹². Entre esos compromisos, se tiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, cuyo artículo 24 establece que “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 (...)”.

En su orden, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 16 de 1972, en su artículo 19 señala que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En lo atinente al derecho a la salud, la Convención sobre Derechos del Niño, asumida en la legislación colombiana mediante la Ley 12 de 1991 en el artículo 24, señala que los Estados partes “reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (...)”.

Así mismo, Colombia asumió una responsabilidad internacional frente a la protección de los derechos de los discapacitados mediante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, integrada al ordenamiento jurídico mediante la Ley 1346 de julio 31 de 2009, el cual señala, frente a los niños discapacitados en su artículo 7º, que: “1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño (...)”.

Frente al derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes discapacitados, esta Corte, ha sido enfática en sostener que:

“(...) se erige como un derecho fundamental, y que tratándose de menores con discapacidad el Estado tiene la obligación de brindar un tratamiento integral dirigido a alcanzar la integración social del menor. En esta medida, no solamente debe ofrecerse al infante todos los medios disponibles con el propósito de lograr su rehabilitación, teniendo en

consideración, además, que este proceso puede tener ingredientes tanto médicos como educativos.

Bajo este contexto, corresponde a las Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- no solamente implementar programas para permitir que el niño alcance su rehabilitación y logre una mayor integración en la sociedad sino también brindar los servicios de salud de manera prioritaria y expedita cumpliendo de esta manera con el mandato constitucional e internacional frente a menores en situación de discapacidad.

Así, aún cuando en primer término es deber de la familia de un niño diagnosticado con invalidez o discapacidad apoyarlo en su situación, el sistema de salud deberá concurrir con ésta con la finalidad de prestar el apoyo necesario y eficaz para su asistencia y recuperación, haciendo efectivos los principios constitucionales de especial protección a los niños”¹³.

3.5. De acuerdo con lo anterior, (i) los derechos de los niños son fundamentales y prevalecen sobre los demás por expresa determinación del Constituyente; (ii) el medio de protección eficaz e idóneo es la acción de tutela, la cual actúa de manera directa ante la amenaza o vulneración de un derecho fundamental como el de la salud; (iii) el derecho a salud se entiende como la posibilidad de mantener la normalidad orgánica funcional física y mental, que debe ser restablecido cuando exista perturbación; (iv) derecho que adquiere mayor relevancia si quien lo alega es un niño, una niña o un adolescente, quien debe obtener protección reforzada de manera especial, cuando éstos presenten algún tipo de discapacidad; (v) si se atienden las anteriores consideraciones, se obtiene el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Colombia mediante los diversos instrumentos internacionales al respecto.

4. Presupuestos jurisprudenciales frente al suministro de los servicios médicos contemplados o no en el Plan Obligatorio de Salud.

4.1. Según lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, para ello, el legislador mediante la Ley 100 de 1993, desarrolló el contenido constitucional estableciendo el Servicio Público de Seguridad Social, que puede ser

ofrecido por entidades públicas o privadas.

Dentro de lo que comprende en el Servicio Público de Seguridad Social en Colombia, se encuentra la prestación del servicio esencial de la salud. Para ello, se contempló un régimen de beneficios con el fin de garantizar la prestación de tal servicio, entre los que se encuentra el denominado Plan Obligatorio de Salud (POS) descrito en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, cuyo objeto es 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”. Dichos beneficios, contemplan una atención preferente y diferencial para la infancia y adolescencia según el artículo 17 de la Ley 1438 de 2011, de la siguiente manera: “El Plan de Beneficios incluirá una parte especial y diferenciada que garantice la efectiva prevención, detección temprana y tratamiento adecuado de enfermedades de los niños, niñas y adolescentes. Se deberá estructurar de acuerdo con los ciclos vitales de nacimiento: prenatal a menores de seis (6) años, de seis (6) a menores de catorce (14) años y de catorce (14) a menores de dieciocho (18) años”.

Por su parte, el Acuerdo 029 de 2011, “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”, contempla el conjunto de tecnologías en salud a que tiene derecho un usuario del servicio, ya sea a través del régimen contributivo o subsidiado, cuya prestación debe ser garantizada por las Entidades Prestadoras de Salud (EPS). Allí mismo, en su artículo 49, se expresan las tecnologías en salud que se encuentran excluidas del mencionado POS.

4.2. Por otro lado, la Corte Constitucional ha reiterado 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 obligatorios¹⁴.

Frente a la última hipótesis, la Corte, en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los cotizantes y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, ha previsto que cuando la normatividad establecida en el denominado POS, atenta contra los derechos constitucionales fundamentales de los usuarios del servicio, tal reglamentación debe inaplicarse, previa verificación de los siguientes requisitos:

“i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna.

ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud -EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante.

iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.”¹⁵

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar por dos razones: (i) cuando quien lo alegue sea un sujeto que merece especial protección constitucional, o (ii) cuando se trate de una situación en la que se presenten argumentos válidos y de suficiente relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la

salud implica una amenaza o vulneración de otros derechos fundamentales. De ser verificados los mencionados criterios, el derecho a la salud deberá ser amparado en sede de tutela.

4.3. Con todo lo anterior, tenemos que la seguridad social en Colombia es un servicio público que abarca el servicio esencial a la salud, desarrollado en la Ley 100 de 1993, que contempla un conjunto de beneficios, entre ellos, el denominado Plan Obligatorio de Salud (POS), cuyo objetivo es la protección integral de la salud de los usuarios y de manera preferencial a los infantes o adolescentes. A su vez, el Acuerdo 029 de 2011, contempla las tecnologías que se otorgan para la prestación del servicio de salud. Allí mismo, se excluyen servicios médicos, que conforme a la jurisprudencia de esta Corte, pueden ser objeto de amparo mediante acción de tutela cuando se demuestre que la falta, tanto de los que se encuentran incluidos como los que no, amenace o vulnere el derecho fundamental a la salud. Para ello se deben tener en cuenta las reglas a señalar: (i) que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico, genere una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal del usuario; (ii) que tales servicios, no puedan ser sustituidos por otros previstos en el POS, o que existiendo, no tengan la misma efectividad del excluido; (iii) que la orden de los servicios médicos provenga del galeno adscrito a la EPS del afiliado y, (iv) que el paciente no pueda sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento. El derecho alegado será objeto de protección de manera urgente cuando quien lo alegue sea un sujeto de especial protección o cuando se trate de una situación en la que por la falta de garantía del derecho a la salud conlleve a la vulneración de otros derechos fundamentales.

5. El principio de integralidad en la prestación del servicio de salud.

5.1. De acuerdo con el artículo 49 la Constitución Política¹⁶, el servicio de salud debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, la Ley 100 de 1993, dispone que el servicio a la salud debe ser prestado según los principios de igualdad, eficacia, continuidad y calidad, entre otros, implicando con éste último que “Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada”. Frente a la atención integral en salud del paciente, la Corte, en sentencia T-576 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), precisó su contenido de la siguiente manera:

17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento¹⁸.

En dicha sentencia también se precisaron las facetas del principio de atención integral en materia de salud así:

“A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.¹⁹ La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”

5.2. En síntesis, la atención en salud, según el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia colombiana, se debe dar de manera integral, esto implica todo el cuidado médico, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente. Así mismo, el servicio de salud se debe prestar con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico, por eso el juez constitucional debe ordenar que se garanticen todos los servicios médicos necesarios

para cumplir el tratamiento. De igual manera, se tiene que el principio de integralidad se observa desde dos perspectivas, una relativa al concepto mismo del derecho a la salud y otra encaminada a destacar la necesidad de proteger efectivamente el mismo derecho, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas.

6. Facultad de las EPS de recobro ante el FOSYGA.

6.1. Reiteradamente la Corte ha sostenido que si una EPS, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano, suministra un servicio o un medicamento no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud – POS, dicha entidad tiene la facultad de recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA. Así fue señalado en sentencia T-223 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) en la que se dijo que:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.”

Más adelante, la sentencia T-760 de 2008, ratificó e indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el FOSYGA el reembolso del servicio no cubierto por el POS.”

6.2. Se tiene entonces que para autorizar el recobro ante el FOSYGA por parte de las EPS, se deben cumplir dos condiciones. La primera de ellas es que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que éste sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud. El otro es que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.

7. El caso en concreto:

7.1. En el asunto analizado, la señora Nalda del Río Cantillo, actúa como agente oficiosa de la menor Sara Isabel Cano del Río, quien padece Síndrome de Down y una malformación ano-rectal compleja, razón por la que tiene una colostomía. Considera que la entidad accionada ha vulnerado los derechos constitucionales de su hija a la salud, a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la integridad física, al no autorizarle atención médica domiciliaria, y al no hacerle entrega de los elementos de aseo requeridos para la atención de la menor como guantes, gasa, antibacterial, tapabocas, bolsas de colonoscopia, pañales desechables, así como leche deslactosada.

7.2. Como cuestión inicial, se tiene que en el asunto se enmarcan los derechos fundamentales, entre otros a la salud, de Sara Isabel, que a la fecha de la presentación de la acción de amparo (19 de enero de 2012) tenía cuatro meses de nacida, quien padece de Síndrome de Down y de una malformación ano-rectal por nacer con el ano imperforado que, según el Manual Mosby de Exploración Física, se presenta cuando “El extremo del recto puede ser ciego (...)”. Por lo anterior, se tiene que recalcar que los derechos de Sara Isabel,

entre ellos a la salud, son fundamentales conforme a lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política y prevalecen sobre los derechos de los demás. Es por esta razón, que el derecho a la salud de Sara Isabel puede ser alegado mediante el mecanismo de amparo contemplado en el artículo 86 de la misma Constitución, cuando resulten vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales. Nótese que el presente asunto reviste de mayor relevancia constitucional según el artículo 13 y 47 de la Carta de 1991, por tratarse de los derechos de un sujeto de especial protección, teniendo en cuenta la edad de quien requiere la protección de sus derechos, que además debe ser reforzada de manera especial y prioritaria, toda vez que Sara Isabel tiene una enfermedad discapacitante, esto es Síndrome de Down.

Expuestas las anteriores razones, se puede concluir que el mecanismo idóneo para resolver los derechos fundamentales alegados por la agente oficiosa de Sara Isabel, es la acción de tutela.

7.3. Por otro lado, tenemos que la Ley 100 de 1993, contempla un conjunto de beneficios, entre los que se encuentra el Plan Obligatorio de Salud (POS), que busca la protección integral de la salud de los usuarios del sistema de seguridad social en salud y de manera preferencial a los infantes o adolescentes. Tal plan, se encuentra especificado en el Acuerdo 029 de 2011, elaborado por la Comisión de Regulación en Salud (CRES), en cuyo contenido se contemplan las tecnologías que se otorgan para la prestación del servicio de salud y cuáles se excluyen. Con el fin de establecer si lo requerido para Sara Isabel se encuentra incluido o no por el POS, la Sala tendrá en cuenta que se solicita mediante acción de tutela: (i) atención médica domiciliaria, (ii) elementos de aseo requeridos para la atención de la menor como guantes, gasa, antibacterial, tapabocas, bolsas de colonoscopia, (iii) pañales desechables, (iv) leche deslactosada; para así resolver si procede el suministro de los mismos mediante tutela, conforme a lo establecido en la parte considerativa.

(i) La atención médica domiciliaria se encuentra contemplada en el artículo 25 del Acuerdo 029 de 2011, dentro del grupo de beneficios de cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la cual estará cubierta “en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad establecidas en la normatividad vigente”. (ii) Frente a los elementos requeridos para la atención de Sara Isabel, estos son: guantes, gasa, antibacterial, tapabocas, bolsas de colonoscopia, se debe tener en cuenta que hacen parte de los

componentes requeridos para los cuidados de la colostomía. Frente a ello, el artículo 40 del Acuerdo 029 de 2011, contempla el kit de ostomía, el cual está destinado para los pacientes con cirugía de colostomía, no obstante que tal kit, está destinado para los pacientes con cáncer de colon y recto. (iii) Por su parte, los pañales desechables hacen parte de las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, según el numeral 14 del artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011, así: “Exclusiones en el Plan Obligatorio de Salud. Se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud: (...) 14. Pañales para niños y adultos”. (iv) Finalmente, la leche deslactosada, se encuentra dentro del grupo de “Suplementos o complementos vitamínicos, nutricionales o nutracéuticos”, que de conformidad al numeral 17 del mismo artículo 49, se encuentra igualmente excluidos del POS, salvo excepciones expresas en la norma.

Según lo expuesto, la Sala evidencia que los requerimientos de la madre de Sara Isabel mediante la acción de tutela, están relacionados con servicios médicos contemplados en el POS, éstos son: la atención médica domiciliaria y el kit de ostomía, para lo cual se requieren los guantes, la gasa, el antibacterial y los tapabocas. Así mismo se requieren otros que están excluidos expresamente del plan de beneficios del POS, siendo éstos los pañales desechables y la leche deslactosada, por ser éste último un suplemento nutricional.

En ese orden de ideas, la Sala procederá a establecer si la negación de tales insumos por parte de la EPS accionada, como así lo manifestó la accionante mediante el escrito de tutela, siendo ratificado por el accionado en la contestación de la acción, está conforme con el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia de la Corporación, en lo que refiere a los derechos fundamentales, entre ellos el de la salud integral de un niño, una niña o un adolescente en estado de discapacidad. Para ello, la Sala tendrá en cuenta que los servicios médicos pueden ser objeto de amparo mediante acción de tutela cuando se demuestre que la falta, tanto de los que se encuentran incluidos como los que no, amenace o vulnere el derecho fundamental a la salud, lo cual será objeto de protección de manera urgente cuando quien lo alegue sea un sujeto de especial protección o cuando se trate de una situación en la que por la falta de garantía del derecho a la salud, conlleve a la vulneración de otros derechos fundamentales, conforme a lo expuesto en la consideración 4.2. de esta providencia.

(i) De conformidad con la historia clínica de Sara Isabel Cano del Río, ésta nació con una

malformación ano-rectal, razón por la que se le hizo una intervención quirúrgica denominada colostomía (Fl. 11 del cuaderno principal), cuya implicación, según el nuevo manual MERCK de información médica general es que “(...) el intestino grueso (colon) se corta. La parte que permanece conectada al intestino grueso se lleva a la superficie de la piel hasta un orificio formado previamente. A continuación, esta parte se sutura a la piel. Las heces pasan a través del orificio hasta una bolsa desechable”. De lo anterior, se infiere que Sara Isabel tiene una herida en su abdomen para hacer deposición de heces, debido a la denominada colostomía como solución médica a su malformación ano-rectal. Debido a ello, el médico tratante ordenó que a la menor se le hicieran curaciones dos veces al día a la herida producida por dicha intervención, cubrir la misma con apósitos limpios y tener los cuidados concernientes de colostomía (Fl. 17 del cuaderno principal). Para ello, el médico tratante dio instrucciones a la señora Nalda del Río, sobre el cuidado y la realización de las curaciones que se deban hacer sobre su menor hija (Fl. 16 cuaderno principal). Pese a la instrucción, se tiene que debido a la gravedad del padecimiento de la menor y su escasa edad, la madre de la menor ha tenido que acudir a la EPS accionada para que sean ellos quienes les hagan las correspondientes curaciones, lo cual según comenta la accionante, implica tener que trasladar dos veces al día a su hija desde su residencia hasta el centro médico, cuyo trayecto en transporte urbano dura entre cincuenta minutos y una hora, lo que genera un riesgo de afectación en la salud de la menor, además que ello también implica gastos de transporte. Bajo la anterior situación, es necesario tener presente la situación social, familiar y económica en la que se encuentra la señora Nalda del Río Cantillo, quien, según el escrito de tutela, es madre cabeza de hogar, está a cargo de dos hijas menores de edad y de su mamá, quien tiene 73 años de edad, es invidente y requiere cuidados. Señala además que el padre de Sara Isabel otorga un escaso apoyo económico para su hija, toda vez que le colabora con \$20.000 o \$30.000, dos o tres veces a la semana, de igual forma se tiene que la accionante tiene una relación laboral que la ocupa de tiempo completo, mediante un contrato de trabajo por obra o labor desde el 1° de noviembre de 2011, cuyo salario básico es de \$800.00020, pese a ello, en ocasiones ha tenido que acudir a la caridad de los vecinos.

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala considera que: (i) los costos tanto de tiempo como los económicos para asumir la atención médica domiciliaria de Sara Isabel, no son soportables por su familia dadas sus condiciones socioeconómicas; (ii) la atención médica domiciliaria es indispensable para que a la menor le practiquen las correspondientes curaciones y los cuidados de colostomía ordenados por el médico tratante, según la historia

clínica de la menor, lo que evitaría los riesgos que implican el estar expuesta diariamente en dos ocasiones a los traslados del sitio de residencia al centro médico, si se tiene en cuenta que la menor tiene una colostomía, es decir, una herida en su abdomen para que pueda hacer las deposiciones fecales mediante una bolsa desechable, y el delicado estado de salud de la menor, que ha motivado que desde su nacimiento haya tenido que ser intervenida quirúrgicamente en cuatro ocasiones, se tiene entonces que de no ser otorgada la atención domiciliaria, se generaría una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida o a la integridad de Sara Isabel; (iii) la atención domiciliaria en salud no tiene en el Acuerdo 029 de 2011, un sustituto o una alternativa al denominado beneficio. Si bien a la señora Nalda del Río le dieron instrucción para hacer la correspondiente atención a su menor hija, tal posibilidad no pudo emplearse debido al cuadro clínico de la menor; (iv) si bien la atención en salud domiciliaria no fue recomendada por el médico tratante adscrito a la EPS de la afiliada se puede ordenar mediante el mecanismo de amparo con el objeto de garantizar el cumplimiento del tratamiento integral de un sujeto de especial protección constitucional que es reforzada, si se tiene en cuenta que quien requiere el amparo de sus derechos es una menor que padece de Síndrome de Down. En virtud de ello, la Sala amparará los derechos fundamentales de Sara Isabel ordenando a la entidad accionada la prestación de la atención médica domiciliaria.

(ii) A la misma conclusión llega la Sala, frente a la solicitud de guantes, gasa, antibacterial, tapabocas, bolsas de colonoscopia u ostomía, al ser elementos necesarios para el cuidado de una colostomía. Si bien, el artículo 40 del Acuerdo 029 de 2011, contempla el kit de ostomía, compuesto por bolsas de ostomía, barreras, cemento y gancho²¹, dispuesto para los pacientes con colostomía, tal disposición señala como destinatarios del mismo a los pacientes con cáncer de colon y recto. Pese a ello, y en virtud de la historia clínica de Sara Isabel, es necesario inaplicar dicho artículo debido a que la enfermedad con la que nació la menor, esto es, malformación ano-rectal por ano imperforado, implicó que se generara la intervención quirúrgica mencionada reiteradamente como colostomía, siendo éste último el objeto de atención del kit de ostomía. Si bien los guantes, la gasa, el antibacterial y los tapabocas, no están previstos en el kit ni en el POS, se tiene que son instrumentos necesarios para cumplir con las recomendaciones médicas del caso. Por lo anterior, la Sala acudirá a los criterios establecidos por la Corporación para ordenar servicios o insumos que se encuentran excluidos del POS, ya que para el caso concreto, frente al mencionado kit, si bien se encuentra incluido en el POS, termina siendo excluido al estar destinado a quienes

padecen de una enfermedad distinta a la de la menor, a pesar de que ésta tiene una colostomía. Lo mismo se hará con los guantes, la gasa, el antibacterial y los tapabocas al ser necesarios y por no estar incluidos en el POS.

Para ello, la Sala considera que: (i) la falta del kit de ostomía, así como los guantes, la gasa, el antibacterial y los tapabocas pueden llegar a vulnerar los derechos fundamentales, entre ellos, el de la vida, la salud y la integridad personal de la menor, toda vez que con estos se busca facilitar un proceso orgánico del ser humano que es la evacuación de heces fecales, al no ser posible de manera natural; (ii) se trata de unos insumos que no pueden ser sustituidos por otros previstos en el POS, ya que no existen otros que cumplan tal función y estén incluidos allí mismo. Frente al kit, se tiene que según el informe técnico de la CRES “No existe dentro del POS un dispositivo que permita cumplir las funciones que tiene el kit de ostomía”²²; (iii) si bien no existe prescripción médica proveniente del profesional en la salud adscrito a Salud Total EPS que ordene la entrega del kit de ostomía, los guantes, la gasa, el antibacterial y los tapabocas, de la historia clínica de la menor, la Sala logra extraer que se requieren para el tratamiento de su padecimiento, ya que el médico tratante si ordenó: “D. Curación de herida 2 veces al día con fitoestimuline E. Cubrir herida con apósitos limpios F. Cuidados de colostomía (...)” (Fl. 17 del cuaderno principal), lo cual puede ser posible si se emplea el mencionado kit y los demás insumos, siendo por tanto componentes que se requieren para el mejoramiento y restablecimiento de la salud de la paciente, es decir hace parte del manejo integral del servicio médico; (iv) finalmente, se tiene que si bien la accionante en la actualidad tiene un contrato de trabajo que le permite devengar un salario básico de \$800.000, este es por obra o labor, además, la suma percibida se torna insuficiente para asumir el costo de los suministros requeridos, si se tiene en cuenta que es madre cabeza de hogar a cargo de dos niñas menores de edad y de su mamá quien es invidente y que en algunos casos ha tenido que acudir a la caridad de los vecinos. (v) Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta la urgencia de amparo de los derechos fundamentales de un sujeto que merece especial protección constitucional reforzada, por tratarse de una menor de edad en estado de discapacidad y que de no ser garantizada con la prestación de los insumos requeridos, se generaría una amenaza o vulneración al derecho fundamental de la salud integral y como consecuencia se podrían ver afectados otros, entre ellos el de la vida y la integridad física. Por lo anterior, la Sala protegerá los derechos alegados, ordenando la entrega del kit de ostomía, los guantes, la gasa, el antibacterial y los tapabocas.

(iii) Los pañales desechables, como ya se mencionó, se encuentran excluidos del POS, según el numeral 14 del artículo 49 del Acuerdo 029 de 2011, sin embargo, la Corte reiteradamente ha señalado “que pueden ser exigibles, en determinadas circunstancias, a través de la acción de tutela, en tanto aquellos son indispensables para preservar la dignidad y calidad de vida de las personas”²³. Sin embargo, la Sala no encuentra, en el presente asunto, elementos de juicio que permitan inferir la necesidad de los pañales, como si sucede al existir una prescripción médica que sugiera la necesidad de los mismos o cuando en el expediente se encuentren indicios que permitan deducir que la enfermedad del paciente genere la falta de control de esfínteres, aunando a que Sara Isabel tiene una colostomía, por donde hace la deposición de heces. Si bien un recién nacido no controla esfínteres, el suministro de los pañales es una obligación que se contrae por los padres, por ser éstos los principales encargados del bienestar de sus hijos. En el presente caso no se presentan ninguna de las anteriores hipótesis, razón por la que la Sala negará tal requerimiento.

(iv) Finalmente, se tiene que la leche deslactosada, se encuentra excluida del POS, al pertenecer al grupo de “Suplementos o complementos vitamínicos, nutricionales o nutracéuticos”, así mismo, que la recomendación médica sobre la paciente Sara Isabel es la que debe alimentarse exclusivamente con leche materna hasta los seis meses de edad (f.17 del cuaderno principal), sin que diga más allá que ésta requiera de una dieta especial. Por lo anterior, se debe reiterar que el juez constitucional no está facultado para ordenar el suministro de medicamentos o procedimientos que no hayan sido considerados por el profesional de la salud. Sin embargo, se debe advertir a Salud Total S.A. EPS, que en el momento en el que el médico tratante considere la necesidad del suministro de la leche o de otros servicios, debe suministrarlos en aras de garantizar la salud integral de la menor.

En consecuencia, esta Sala de Revisión revocará los fallos de instancia y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales alegados por Nalda del Río Cantillo, como agente oficiosa de su hija Sara Isabel Cano del Río, ordenando a Salud Total S.A EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, si no lo han realizado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suministre la atención médica domiciliaria a Sara Isabel, el kit de ostomía, los guantes, la gasa, el antibacterial y los tapabocas, así como los demás servicios que sean necesarios para

garantizar la protección del derecho a la salud integral de la menor.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 2° penal municipal para adolescentes con funciones de control de garantías de Cartagena, confirmada por el Juzgado 1° penal del circuito para adolescentes con funciones de conocimiento de Cartagena, dentro de la acción de tutela promovida por Nalda del Río Cantillo, quien actúa como agente oficiosa de Sara Isabel Cano del Río contra Salud Total S.A. EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud de manera integral, a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la integridad de la niña Sara Isabel Cano del Río, conforme a las razones expuestas en este proveído.

Segundo: ORDENAR a Salud Total S.A. EPS, por conducto de sus representantes legales o quienes hagan sus veces que, si no lo han realizado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suministre la atención médica domiciliaria a Sara Isabel, el kit de ostomía, los guantes, la gasa, el antibacterial y los tapabocas, así como los demás servicios que sean necesarios para garantizar la protección del derecho fundamental a la salud integral de la menor.

Tercero. NEGAR la solicitud de la señora Nalda del Río Cantillo en el sentido de ordenar el suministro de pañales y leche deslactosada. No obstante, adviértase a Salud Total S.A. EPS, que en el momento en que el médico tratante considere la necesidad de los mismos o de otros servicios, deben suministrarlos en aras de garantizar la salud integral de la menor.

Cuarto: RECONOCER que Salud Total S.A. EPS tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, para recuperar todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponde asumir en ejecución del numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses, una vez

presentada la solicitud para el pago por la EPS.

Quinto: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Ausente con permiso

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 A folios 11 a 17 del cuaderno principal, se encuentra la Historia Clínica de Sara Isabel Cano del Río, expedida el Hospital Naval de Cartagena, cuyo diagnóstico del 4 de diciembre de 2011, es que la menor es lactante eutrófica, con Síndrome de Down, sepsis abdominal resuelto y pop de corrección de evisceración + remodelación de colostomía.

2 Sobre la malformación ano-rectal se tiene que “El normal proceso de tabicación de la cloaca, que termina con la separación del compartimento posterior rectal del anterior urinario y la interposición de las estructuras genitales entre ambas cavidades, da lugar frecuentemente a malformaciones de la región anorrectal que afectan tanto a niñas como a niños y que pueden adoptar varias formas dentro de un espectro de gravedad diversa”.

Sobre el tema, se puede encontrar más información en El Tratado de Gastroenterología, Hepatología y Nutrición Pediátrica de la SEGHN, Editorial OCEANO. Barcelona - España.

La causa específica de la malformación ano-rectal que padece Sara Isabel Cano del Río, se debe a que tiene ano imperforado, según folio 11 del cuaderno principal, que se presenta cuando “El extremo del recto puede ser ciego, estar entenosado o presentar una conexión fistulosa con el perineo, las vías urinarias o en las niñas, la vagina. El proceso suele diagnosticarse mediante exploración rectal y confirmarse por la ausencia del paso de heces durante las primeras 48 horas de vida”. Frente al tema se puede obtener información en el Manual Mosby de exploración física, quinta edición, editorial ELSEVIER España S.A., Madrid-España.

3 A folio 19 del cuaderno principal, reposa la historia clínica de Nalda del Río Cantillo del 30 de agosto de 2011, expedida por la unidad de cuidados intensivos - UCI del Caribe S.A., en la que se hace la remisión de su hija con 9 horas de nacida por ano imperforado razón por la que se le realizó una colostomía.

4 De acuerdo al Nuevo Manual MERCK de información médica general, Editorial OCEANO, Barcelona - España, “En una colostomía, el intestino grueso (colon) se corta. La parte que permanece conectada al intestino grueso se lleva a la superficie de la piel hasta un orificio formado previamente. A continuación, esta parte se sutura a la piel. Las heces pasan a través del orificio hasta una bolsa desechable”.

5 A folio 17 del cuaderno principal, perteneciente a la Historia Clínica de Sara Isabel Cano del Río, se encuentra que el pediatra Apolinar Ortega, solicita: “(...) se tomen en cuenta para el bienestar de su bebe: RECOMENDACIONES A. Bañarlo todos los días. B. Consultar a su pediatra para una nueva revisión y a las 72 horas de salida de la ucin C. Alimentarlos con leche materna exclusivamente hasta los 6 meses de edad, siempre que posible, rotándolo por lo menos 15 minutos en cada seno. D. Curación de herida 2 veces al día con fitoestimuline E. Cubrir herida con apósitos limpios F. Cuidados de colostomía G. Darle amor y cariño, mantenerlo cerca para que reciba tu calor”.

6 A folio 18 del cuaderno principal, se evidencia prescripción médica del 5 de diciembre de 2011, expedida por Estrios Ltda., quien señala que la paciente Sara Cano debe practicarse la curación de herida de colostomía 2 veces al día en la EPS.

7 El artículo 44 de la Constitución Política de 1991 señala: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

8 Ver las sentencias T-597 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), providencia que ha sido reiterada en las sentencias T-137 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-454 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-566 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

9 En este mismo sentido, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”.

10 El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 dispone: “(...) 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”.

Del mismo modo, el artículo 47 “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación

e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Por su parte el artículo 47 establece: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

11 Ver sentencia T-608 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), posición reiterada en sentencia T-974 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

12 Artículo 93 de la Constitución Política de 1991: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

13 Ver sentencia T-201 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en sentencias T-862 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-824 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

14 Ver sentencia T-576 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), cuya posición es reiterada mediante sentencia T-855 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

15 Ver sentencia T-1204 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), cuyo posición ha sido reiterada significativamente entre otras sentencias como la T-1022 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-557 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-829 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-565 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-788 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1079 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), cuyos criterios fueron puntualizados en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), los cuales a su vez ha sido reiterados entre otras sentencias como la T-355 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

16 El artículo 49 de la Constitución Política de 1991 dispone: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)."

17 Ver sentencia T-518 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

18 Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

19 Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre otras.

20 A folio 73 del cuaderno principal, se encuentra una certificación laboral expedida por MANPOWER Colombia Ltda. del 3 de abril de 2012, en la que señala que la señora NALDA DEL RÍO CANTILLO, labora como asistente administrativo para la empresa CARLON WAGONLIT desde el 1° de noviembre de 2011, mediante un contrato de trabajo por obra o labor, con un salario básico de \$800.000.

21 Informe Técnico de la Comisión de Regulación en Salud (CRES) denominado "REPORTE DE EVALUACION DE POSIBLE INCLUSION AL POS DE KIT DE OSTOMIA (BOLSA, BARRERA, CEMENTO Y GANCHO)", cuya consulta se puede hacer en el link: <http://www.cres.gov.co/Portals/0/Actualizaci%C3%B3n%20Pos/2011/INFORME%20ETES%20KIT%20DE%20OSTOMIA.pdf>

22 Ibídem

23 Ver Sentencia T-053 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), cuya posición fue reiterada en sentencia T-974 de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo).