

Sentencia T-872/11

(Noviembre 22)

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA-Madre en representación de hija enferma con síndrome de down

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

La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional le han otorgado a los niños una protección especial en el ordenamiento jurídico, razón por la cual el Estado y las entidades promotoras de salud, deben garantizar el derecho a la salud, en aras de preservar la salud física de los menores.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD-Derecho preferente en virtud del principio de integralidad

La jurisprudencia constitucional ha indicado que la prestación del servicio de salud suministrado a los menores de edad, beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, debe regirse por el principio de integralidad, el cual implica la prestación con calidad, oportunidad y eficacia en la fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud, por lo cual los usuarios tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgica y los medicamentos esenciales necesarios para tener el más alto nivel de salud posible. Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud, independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que la EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad.

SERVICIOS MEDICOS NO INCLUIDOS EN PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental autónomo (artículo 44 Constitución), cuando se trata de niños o niñas

que padecen una discapacidad existe una protección preferente de los derechos fundamentales (artículo 47 Constitución), en este sentido para la prestación de los servicios de salud es deber de las entidades promotoras de salud valorar las circunstancias especiales de los solicitantes menores de edad en aras de prestar de manera integral el servicio de salud, siendo incluso responsabilidad del Estado resguardar aquellos tratamientos, procedimientos o medicamentos No-POS. Por su parte, el juez de tutela debe analizar si el caso concreto cumple con los presupuestos fijados por la Corte Constitucional para inaplicar las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud para efectos de garantizar la sostenibilidad el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR CON SINDROME DE DOWN-Orden a EPS realice un diagnóstico de las terapias que requiere con necesidad y preste la asistencia integral y especializada que requiera para su rehabilitación funcional

I. ANTECEDENTES

La señora Maira Alejandra Terán Suárez actuando en representación de su hija Daniela Ramírez Terán, interpuso acción de tutela contra Coomeva EPS el 17 de febrero de 2011, con base en los siguientes hechos:

1. Demanda de tutela

1.1 Daniela Ramírez Terán, se encuentra vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo, en calidad de beneficiaria, en Coomeva EPS¹.

1.2 La niña Daniela Ramírez tiene 9 años de edad² y presenta un cuadro clínico de Síndrome de Down³.

1.3 De conformidad con los médicos tratantes la menor requiere un tratamiento integral que incluye un programa de terapias especializadas tales como neuropediatría, fisioterapia⁴, fonoaudiología⁵, psicología⁶ y terapia ocupacional⁷, con el fin de mejorar al desempeño físico, emocional y social de la menor.

1.4 Señaló la accionante que con base en las prescripciones de los médicos tratantes solicitó verbalmente a Coomeva EPS que ordenara los tratamientos prescritos. La entidad accionada respondió negativamente a su solicitud, por cuanto dichos tratamientos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

1.5 La señora Maira Alejandra Terán afirmó que su hija necesita dichas terapias y que su familia no cuenta con los recursos económicos para sufragarlos, razón por la cual interpone la acción de tutela contra Coomeva EPS para que garantice los tratamientos y terapias que necesita la menor, Daniela Ramírez, “en la periodicidad que ordene (sic) los médicos y especialistas tratantes”⁸.

2. Trámite procesal

2.1 Inicialmente la acción de tutela fue interpuesta, el diecisiete (17) de febrero de 2011, ante los Juzgados Municipales de Valledupar, correspondiendo por reparto al Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar, quien admitió la tutela y concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados mediante providencia del dos (2) de marzo de 2011. No obstante, Coomeva EPS, dando respuesta extemporánea a la presente acción de tutela, indicó que la menor Daniela Ramírez Terán nunca ha estado afiliada a dicha entidad, solicitando a su vez, que se le desvinculara del proceso de referencia toda vez que no existe legitimación en la causa por pasiva, pues la menor se encontraba afiliada a la Caja de Compensación Familiar de La Guajira.

2.2 El Juzgado a quo concedió el recurso de apelación y ordenó el envío de la sentencia a la oficina judicial para el reparto, por medio de auto del diez (10) de marzo de 2011. Por su parte, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Valledupar, mediante auto del veinticinco (25) de abril de 2011 decretó la nulidad de lo actuado en el proceso de referencia desde el auto admisorio de la tutela, por omitir vincular al proceso a la Caja de Compensación Familiar de la Guajira, por lo cual ordenó el envío del “proceso a la oficina de origen para que adecue el trámite procedimental legal”⁹.

2.3 Así las cosas, el Juzgado Sexto Civil Municipal, por medio de auto del cuatro (4) de mayo de 2011, en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Valledupar, declaró la nulidad de todo lo actuado en el caso sub examine, desde el auto admisorio de la acción de tutela. De la misma manera, sostuvo que el juzgado carece de

competencia, porque “teniendo en cuenta que la violación o amenaza de (los) derecho(s) fundamental(es) alegados por la aquí actora y que hoy constituyen la génesis de los hechos de la presente tutela ocurren en el municipio de Villanueva (Guajira), lugar donde las mismas pruebas aportadas por la accionante, como lo es el acápite de notificaciones se desprende que los hechos de los cuales se implora el amparo Constitucional, se materializaron en el municipio cita ut-supra, circunstancia por la cual se ordenará rechazar la presente acción de tutela por carecer este despacho de competencia, en tal virtud, se ordenará enviar la presente tutela para los fines pertinentes, al Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva (Guajira), para que se sirva avocar el conocimiento del presente amparo por competencia.” Así, indicó que de no estar de acuerdo con dicha decisión, proponía una colisión negativa de competencia¹⁰.

2.4 En virtud de lo anterior, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villanueva - La Guajira, en auto del diecisiete (17) de mayo de 2011¹¹, asumió la competencia del caso de referencia, admitió la acción de tutela y ofició al Gerente de Coomeva EPS para que informará sobre los hechos del presente asunto. A su vez, vinculó a la Caja de Compensación Familiar de La Guajira, a la Secretaria de Salud Departamental de La Guajira y al Ministerio de Protección Social -Fosyga, para que rindieran informe sobre los hechos que originaron el presente proceso. Además, citó a diligencia de declaración jurada a la señora Maira Alejandra Terán.

3. Respuestas recibidas por el juez de tutela

3.1 Respuesta de Coomeva EPS¹²

En el curso del primer trámite de la acción de tutela ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Valledupar que fue declarado nulo por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Valledupar, desde el auto admisorio de la demanda, la Directora de la Oficina de Coomeva EPS mediante escrito del dos (2) de marzo de 2011, solicitó que se le desvinculara del proceso de referencia, toda vez que no existe legitimación en la causa por pasiva, “al no ser esta Entidad prestadora de Salud la que debe ser demandada, si no la EPS-S CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE LA GUAJIRA.”¹³ Lo anterior por cuanto “revisando en nuestra base de datos, comprobamos que la menor DANIELA RAMIREZ TERAN, NUNCA HA ESTADO AFILIADA A COOMEVA EPS”. Para lo cual adjuntaron el certificado de la Base de Datos de Afiliados del

Ministerio de Protección Social, en el que consta que la menor está afiliada a la Caja de Compensación Familiar de La Guajira en el régimen subsidiado¹⁴. Además adjunta un certificado expedido por el Coordinador de Operaciones de Coomeva Sector Salud, en el que certifica que la señora Maira Alejandra Terán Suárez y Daniela Ramírez Terán “NO están vinculadas a COOMEVA EPS S.A ni al Sistema General de Seguridad Social en Salud Régimen Contributivo”¹⁵.

Sin embargo, en el curso de la acción de tutela ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villanueva - La Guajira, proceso que es materia de revisión, la entidad Coomeva EPS no se pronunció respecto a los hechos que originaron el presente proceso.

3.2 Respuesta de la Caja de Compensación Familiar de La Guajira¹⁶

La apoderada judicial de la Caja de Compensación Familiar de La Guajira -Comfaguajira EPS-SR- por medio de escrito recibido el veinticuatro (24) de mayo de 2011, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela de referencia. Informó que “después de una visita domiciliaria realizada al hogar de la señora MAIRA ALEJANDRA TERAN, no (sic) aclara cuando nos manifiesta que ella y todo su núcleo familiar se encuentra afiliada a COOMEVA EPS, hace muchos años, ya que su esposo se encuentra laborando en el complejo carbonífero y siempre se ha atendido en esta EPS”.

Por lo cual consideró que debido a que la vulneración de los derechos fundamentales debe basarse en hechos “ciertos y reales, no hipotéticos al igual que debe existir una relación entre la actividad generadora y el menoscabo producido. Y en este caso COMFAGUAJIRA EPS-RS, no se encuentra violando los derechos fundamentales de la menor, ya que sus mismos padres manifiestan que se encuentran cotizando en COOMEVA EPS, hace muchos años (...)”.

Indicó que aun cuando la Base de Datos del Fosyga aparece activa la menor en dicha EPS-S, “es un error, por cuanto el padre siempre ha cotizado a Coomeva EPS. Pero, también es cierto que la niña en mención nunca se ha atendido por parte de nuestra EPS-S, ya que al realizar la visita domiciliaria lo ratificó el señor padre, quien manifestó que la niña nunca ha estado afiliada al régimen subsidiado”.

Por lo tanto, concluyó que dadas las anteriores precisiones no existió actuación u omisión de

parte de la entidad que haya vulnerado los derechos fundamentales de la menor Daniela Ramírez, razón por la cual solicitó que se desvincule a COMFAGUAJIRA de la acción de tutela de referencia.

3.3 Respuesta de la Secretaria Departamental de Salud¹⁷

Por medio de oficio del veintisiete (27) de mayo de 2011, la Secretaria de Salud Departamental, Claudia Sofía Meza, mencionó que la paciente Daniela Alejandra Terán se encuentra afiliada a la EPS Coomeva en el régimen contributivo en calidad de beneficiaria. Señaló que según los documentos obrantes en la presente acción de tutela, presenta un diagnóstico de Síndrome de Down y solicitó un tratamiento integral en el programa de terapias especializadas. “Por lo tanto es la EPS COOMEVA quien debe asumir su responsabilidad frente a la atención que requiere el menor, quien se encuentra vinculado (sic) como beneficiario (sic). (...) Resulta claro entonces que, según las normas antes expuestas todos los procedimientos y/o medicamentos requeridos por la menor, deben ser cubiertos por su EPS en este caso COOMEVA, a efectos de salvaguardar la salud del menor.”

3.4 Respuesta del Ministerio de Protección Social¹⁸

De manera extemporánea, Diego Emiro Escobar, actuando en calidad de Coordinador del Grupo de Acciones Constitucionales de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Protección Social, informó que las terapias integrales requeridas por la accionante¹⁹ están incluidas en el Plan Obligatorio de Salud de acuerdo a lo establecido en el Anexo No. 2 del Acuerdo 008 de 2009. “Por lo anterior estos procedimientos se encuentran incluidos en el POS y deben ser realizados por parte de la EPS al accionante sin posibilidad alguna de recobro ante el FOSYGA”.

Con respecto al tratamiento integral indicó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los fallos de tutela no pueden desbordar el alcance de los derechos invocados, no pudiéndose pronunciar sobre la vulneración a futuro de los mismos, por ejemplo, frente a patologías desconocidas al momento de interponerse la acción de tutela. También reseñó que el tratamiento médico debe ser necesario, adecuado, prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS accionada y, se debe valorar la capacidad económica de los usuarios para autorizar un servicio médico excluido del POS, “ya que la persona que sí tiene capacidad económica no puede esperar que la EPS con recobro al FOSYGA financie el servicio

médico, aspecto que debe ser evaluado tanto por el CTC como por el juez de tutela”, de conformidad con lo establecido en la Sentencia T-760 de 2008.

4. Decisión de tutela objeto de revisión:

4.1 Sentencia de Única Instancia: Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villanueva -La Guajira20

Por medio de providencia del siete (7) de junio de 2011 el Juzgado Primero Promiscuo de Villanueva negó la protección de los derechos fundamentales invocados. Consideró que el problema planteado en la acción de tutela no configura una vulneración de garantías constitucionales, pues no hay material probatorio que permita establecer las acciones u omisiones de la EPS accionada.

En este sentido, discurrió en que no había soporte probatorio de la afiliación a la EPS Coomeva “o de haber recibido atención médica en esa entidad, de hecho los documentos que dan cuenta de la atención por parte de un especialista en neurología corresponden al centro de rehabilitación integral RENACER, sin que se observe en estos constancia alguna de que es atendida por COOMEVA.” Por el contrario existe constancia de la entidad accionada en el que certifica que ni la accionante ni su hija están afiliadas a Coomeva EPS, ni a la Caja de Compensación Familiar de La Guajira, con lo cual la tutelante incumple con la carga probatoria mínima para solicitar la protección de los derechos fundamentales.

De la misma manera, aun cuando en el reporte de la base de datos del Fosyga, que adjunta la parte demandada, consta que la señora Maira Alejandra Terán y Daniela Ramírez están afiliadas al régimen subsidiado a través de la Caja de Compensación Familiar de La Guajira, ésta entidad sostiene que se trata de un error, pues la niña no está afiliada y nunca ha sido atendida por dicha EPS.

Por lo tanto, mencionó que la situación “resulta inquietante al no haber claridad en la afiliación de la menor al Sistema General de Seguridad Social en Salud y ante la desprotección en que se encuentra. Además pese a que figuran en el expediente documentos que indican que hubo una valoración, de estos no es posible colegir a través de qué entidad la recibió, ni que se trate de un seguimiento médico permanente mediante el cual se haya determinado la necesidad que tienen la menor del tratamiento solicitado, pues

todos estos tienen una misma fecha (28 de enero de 2011).”

Concluyó el juez que ninguna de las dos entidades promotoras de salud recibió una solicitud para el suministro de los tratamientos médicos que se reclaman por medio de la acción de tutela, razón por la cual no existe vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la menor, en la medida en que no hubo acción u omisión por parte de la entidad accionada de negar los tratamientos solicitados, incluso ni hay certeza de la afiliación ni de la prestación de los servicios médicos.

I. PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas que fueron aportadas al expediente:

1. Ordenes de servicios prescritos por el Dr. Carlos A. Mora Ruiz, neurólogo infantil de la IPS Centro de Rehabilitación Integral Renacer, quien ordena las terapias de: equinoterapia, acuaterapia, terapia asistida con perros, miofuncional, terapia de lenguaje, musicoterapia, terapia sistémica o familiar, terapia comportamental e integración sensoriomotriz²¹.
2. Diagnóstico médico de síndrome de down²².
3. Copia de Historia Clínica sobre la evolución neuropediátrica²³.
4. Copia del registro civil de nacimiento de la menor Daniela Ramírez Terán²⁴.
5. Copia de la cedula de ciudadanía de la señora Maira Alejandra Terán²⁵.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991, artículos 33

a 36. También por el auto del veintiocho (28) de julio de 2011 de la Sala de Selección de Tutela número Siete de la Corte Constitucional, la cual dispuso la revisión de la providencia en cuestión.

1. Problema Jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a la Sala establecer ¿si la entidad demandada ha violado los derechos fundamentales a la vida, la salud, la dignidad humana y la seguridad social de la menor Daniela Ramírez Terán con un diagnóstico de Síndrome de Down, al no autorizar el suministro de las terapias integrales requeridas (músicoterapia, hidroterapia, animal terapia, terapia física y fonoaudiología) para rehabilitar el cuadro clínico que presenta? Igualmente, ¿si Coomeva EPS vulnera los derechos fundamentales invocados, aun cuando no existe certeza respecto de la negación del servicio y la madre de la menor afirma no tener recursos económicos para sufragar el costo de los mismos?

Con el fin de resolver el anterior problema jurídico la Sala analizará previamente si en el caso concreto se configuran los supuestos para el ejercicio de la acción de tutela por medio de agente oficioso. Posteriormente, se estudiará (i) el derecho a la salud en los niños y la protección reforzada cuando se trata de menores que padecen una enfermedad mental, (ii) el principio de integralidad en el servicio de salud al tratarse niños y niñas en situación de discapacidad, (iii) los supuestos fácticos previstos por la jurisprudencia constitucional para garantizar el suministro de servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y posteriormente, (iv) resolver el caso concreto.

1. Consideraciones generales

3.1.1 Legitimación en la causa. Reiteración de jurisprudencia

3.1.1.1 Legitimación en la causa por activa

Constituye un requisito de procedencia para interponer la acción de tutela, la legitimación en la causa. De esta forma, es necesario que concurra la calidad subjetiva de las partes, es decir

entre la persona a la cual la Constitución y la ley facultan para invocar la acción (legitimación en la causa por activa) e identidad frente a la persona respecto a la cual el derecho puede ser reclamado (legitimación en la causa por pasiva).

Así las cosas, el artículo 86 de la Constitución Política consagra 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.”

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 consagra que “(...) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.” Así, la acción de tutela puede ser invocada directamente por el titular del derecho fundamental, o a través de un representante, quien de manera indirecta pretende la protección de los derechos constitucionales de aquel que se encuentra imposibilitado o limitado para actuar por sí mismo.

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional²⁶ ha reconocido que se pueden agenciar derechos ajenos, siempre y cuando quien actúe en nombre de otro: i) exprese que está obrando en dicha calidad, ii) demuestre que el agenciado se encuentra en imposibilidad física o mental de ejercer su propia defensa, condición que puede ser acreditada de manera tácita o expresa.

3.1.1.1.1 Caso Concreto.

Maira Alejandra Terán actuado como agente oficioso de su hija, Daniela Ramírez Terán, invocó la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida digna, dignidad humana y seguridad social. En el trámite de la acción de tutela, se pudo constatar en primer lugar, que Daniela Ramírez es menor de edad y esta diagnosticada de Síndrome de Down, por lo cual está imposibilitada para adelantar los trámites judiciales tendientes a buscar el amparo de sus garantías constitucionales. En segundo lugar, la señora Maira Alejandra Terán manifestó actuar en representación de su hija, por lo tanto, la agenciada se encuentra legitimada para actuar en el trámite de la acción de tutela al tratarse de una menor de edad.

3.1.1.2 Legitimidad en la causa por pasiva. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra las personas contra las cuales se puede dirigir la acción de tutela, así, se puede invocar contra una autoridad pública o un particular, cuando aquellos hayan realizado una acción u omisión que vulnere o amenace algún derecho de rango constitucional fundamental.

Respecto a la procedencia de la acción de tutela contra particulares, se debe acreditar que contra quien se invoque la protección: i) este encargado de la prestación de un servicio público, o ii) que el peticionario se encuentre en una relación de subordinación contra quien se interpone la acción de tutela, o iii) que exista una relación de indefensión respecto al sujeto accionado.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, la prestación del servicio público de salud está a cargo del Estado o por entidades privadas, bajo el control y vigilancia del primero. Además, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, las entidades promotoras de salud son personas jurídicas facultadas para prestar el servicio público de salud, por lo cual, están a cargo de la afiliación de los usuarios al Sistema General de Seguridad Social en Salud y tienen a cargo la prestación y administración del servicio de salud.

Por lo tanto, las entidades promotoras de salud tienen obligaciones constitucionales y legales de garantizar la salud, debiendo suministrar los medicamentos, procedimientos y tratamientos incluidos en el Plan Obligatorio de salud²⁷. Así, cualquier acción u omisión de las mismas, puede generar una amenaza o perjuicio de una garantía constitucional, razón por la cual procede la acción de tutela para el amparo de los derechos vulnerados.

De esta forma, la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de afiliación al sistema: el régimen contributivo y el régimen subsidiado²⁸. Entonces, la afiliación al régimen contributivo se realiza por medio del pago de una cotización individual o familiar, realizándose un aporte económico por parte del afiliado o entre éste y su empleador. Por su parte, en el régimen subsidiado está aquella parte de la población que no tiene capacidad de pago y su vinculación esta subsidiada por las cotizaciones provenientes de recursos fiscales o

de solidaridad.

3.1.1.2.1 Caso Concreto

Respecto a la entidad promotora de salud demandada, procede la acción de tutela debido a que se ocupa de prestar el servicio público de salud y quien invocó la protección de los derechos fundamentales, fue un usuario afiliado a dicha entidad. Por lo tanto, de conformidad con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

La Sala observa que en el caso concreto, contrario a lo afirmado por el juez de a quo, de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente se puede constatar que la niña Daniela Ramírez Terán está afiliada a Coomeva EPS en el régimen contributivo como beneficiaria. En efecto: (i) en la copia de la historia clínica que anexo la accionante con el escrito de tutela, con fecha de evaluación de 28 de enero de 2011, dice que la niña Daniela Ramírez esta en la “EPS-C: Coomeva”²⁹, (ii) la accionante afirma en el escrito de tutela estar afiliada al Coomeva EPS³⁰, (iii) por medio de llamada telefónica esta Sala pudo constatar que la señora Maira Alejandra Terán y su hija Daniela Ramírez se encuentran afiliadas a Coomeva EPS³¹, (iv) la Secretaria Distrital de Salud de Departamental de La Guajira, afirmó que “la paciente DANIELA ALEJANDRA TERAN, se encuentra afiliada a la EPS COOMEVA, (...) y se encuentra activo en el régimen contributivo”³², (v) en la visita domiciliaria realizada por la Caja de Compensación Familiar de La Guajira -Comfaguajira EPS-SR al domicilio de la accionante, ella afirmó estar afiliada a Coomeva EPS.

Por último, según la Base Única de afiliación al Sistema de Seguridad Social del Fondo de Solidaria y Garantía en Salud -Fosyga-, tanto la recurrente como su hija menor se encuentran activas en Coomeva EPS en el régimen contributivo como beneficiarias³³.

Dicha base de datos corresponde al reporte que deben suministrar las entidades promotoras de servicios en cumplimiento de las Resolución 2321 de 2011³⁴, así las cosas, “las inconsistencias que refleje esta información son imputables a las EPS (...) la información se debe utilizar por parte de las EPS y de los prestadores de servicios de salud, como complemento al marco legal y técnico definido y nunca como un motivo para denegar la prestación de los servicios de salud a los usuarios”³⁵. En conclusión, la entidad responsable de la prestación del servicio de salud de la niña Daniela Ramírez Terán es Coomeva EPS.

3.2 El derecho a la salud en los niños y la protección reforzada cuando se trata de menores que padecen una discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

3.2.1 La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional han reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo y como un servicio público a cargo del Estado, el cual debe realizarse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así las cosas, tratándose de niños, el artículo 44 de la Constitución establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, por lo cual es deber de la familia, la sociedad y el Estado asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el goce pleno de sus derechos.

Además, el artículo 47 prevé que aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta merecen una atención especializada, así, es responsabilidad del Estado adelantar políticas públicas tendientes a la “previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

3.2.2 De la misma manera, de acuerdo a tratados internacionales ratificados por Colombia, tales como el Protocolo Adicional de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de DESC y el Pacto Internacional de DESC³⁶, incorporados al ordenamiento jurídico nacional por medio del bloque de constitucionalidad, han creado en cabeza del Estado la obligación de garantizar la atención médica que se requiera, establecido los elementos esenciales del contenido del derecho a la salud³⁷, como son: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, la calidad y la prohibición de discriminación de los bienes y servicios de salud.

Entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra como obligación de los Estados partes el respeto a los derechos de los menores, sin distinción alguna de la raza, idioma, origen étnico o “impedimentos físicos” (artículo 2), al mismo tiempo que impone en todas las instituciones públicas y privadas el deber garantizar el bienestar y los derechos de los niños (artículos 3 y 4).

3.2.3 Además, la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración

social de las personas con limitación” estableció en el artículo 18 como responsabilidad del Ministerio de Protección Social, de Educación y las entidades promotoras de salud –en lo concerniente con los tratamientos incluidos en el POS-, establecer mecanismos para que aquellos que tengan limitaciones físicas cuenten “con programas y servicios de rehabilitación integral, en términos de readaptación funcional, rehabilitación profesional y para que en general cuenten con los instrumentos que les permitan autorrealizarse, cambiar la calidad de sus vidas y a intervenir en su ambiente inmediato y en la sociedad”.

3.2.4 En este orden de ideas, tratándose de niños en situación de discapacidad, la protección constitucional es reforzada,³⁸ asegurando un tratamiento preferencial, por lo cual la garantía al derecho a la salud se amplía aun cuando el tratamiento o medicamento requerido no este contemplado en el Plan Obligatorio de Salud³⁹, habiéndose reconocido por esta Corporación que:

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 afiliada 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.⁴⁰

La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional le han otorgado a los niños una protección especial en el ordenamiento jurídico, razón por la cual el Estado y las entidades promotoras de salud, deben garantizar el derecho a la salud, en aras de preservar la salud física de los menores⁴¹.

3.3 El principio de integralidad en el servicio de salud al tratarse de los niños y niñas en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

3.3.1 De manera similar, la jurisprudencia constitucional también ha indicado que la prestación del servicio de salud suministrado a los menores de edad, beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, debe regirse por el principio de integralidad, el cual implica la

prestación con calidad, oportunidad y eficacia en la fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud, por lo cual los usuarios tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgica y los medicamentos esenciales necesarios para tener el más alto nivel de salud posible.

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.⁴²

Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud, independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que la EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad.⁴³

3.3.2 Entonces la garantía del más alto nivel de salud implica no sólo la salud en términos fisiológicos sino también psicológicos y sociales, por lo cual la prestación de un tratamiento médico integral debe incorporar los mejores avances posibles en aras de lograr la integración social del menor. Tal como lo ha señalado esta Corporación:

Existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad 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 tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras.

La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente.⁴⁴

3.3.3 De ahí que corresponda al juez de tutela velar por la efectividad de los derechos fundamentales del menor, debiendo verificar si la acción u omisión de la entidad promotora de salud vulnera el núcleo esencial del derecho, poniendo en peligro la vida y la dignidad del niño.

3.3.3.1 Con tal propósito, en la sentencia T-179 de 2000 esta Corporación analizó varios casos de menores de edad con diferentes cuadros clínicos, en situación de discapacidad. Los menores se encontraban afiliados al Seguro Social, quien había contratado la atención de salud de los niños en una IPS para limitados visuales y auditivos, suministrando tratamientos terapéuticos con un equipo multidisciplinario. Posteriormente el ISS canceló el contrato con el centro especializado porque allí se suministraban terapias y tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. La Sala Séptima de Revisión decidió confirmar la sentencia de instancia que tuteló los derechos fundamentales de los menores, reiterando que la protección al discapacitado debe ser reforzada y calificada y la prestación del servicio de salud debe ser otorgada de manera integral. Se indicó que:

Esos niños discapacitados tienen derecho a una atención, en materia de salud, preferente, integral y muy especializada, dándoles el tratamiento adecuado y la rehabilitación posible.

(...)

El argumento de que el tratamiento no está incluido dentro del POS, va en contravía de la referencia que las normas sobre el POS hacen de “tratamiento y rehabilitación”, máxime si está de por medio el trato preferencial que se les debe dar a los niños, y del tratamiento especializado que se le debe dar a los discapacitados que además debe ser integral y permanente. Por consiguiente, fue bien otorgada la tutela en cuanto a la reseña de que a los niños se les violaron derechos fundamentales, porque en el momento en que se instauró la atención se había suspendido.⁴⁵

Igualmente, la sentencia T-203 de 2003 señaló:

Esta decisión del Constituyente obedece, no sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.

3.3.3.2 Por su parte, la sentencia T-760 de 2008 en lo referente al derecho a la salud de los niños, reiteró que es mayor el grado de protección, por lo cual:

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.

3.3.3.3 De modo similar, en la sentencia T-207 de 2009 la Corte estudió el caso de un menor de 7 años con graves deficiencias auditivas, a quien el médico tratante le prescribió audífonos digitales y la EPS accionada negó el suministro de los mismos por estar excluidos del POS. En esta oportunidad, la Corte revocó la sentencia de instancia que había negado la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de los menores y en su lugar, concedió el amparo de los mismos. Lo anterior, bajo el argumento que la "si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, y que la atención que debe recibir es integral."

3.3.4 La jurisprudencia ha establecido que es deber de la sociedad, la familia y el Estado velar por el bienestar de los disminuidos físicos y mentales quienes por su ausencia de autonomía dependen de los demás, por lo tanto "si la sociedad no responde a su muda convocatoria de solidaridad, se ven abocados a su destrucción o a los padecimientos más crueles. Una sociedad democrática construida sobre el respeto a la dignidad humana, arriesga abdicar de sus propios principios y de toda pretensión de justicia, si desoye el llamado de sus miembros mas débiles."46

3.3.5 En conclusión, la Corte Constitucional ha protegido el derecho fundamental a la salud de los niños en situación de discapacidad como un derecho prevalente de acuerdo con la protección reforzada que tienen en el ordenamiento jurídico constitucional. Lo anterior, basados en la garantía constitucional y legal de suministrar el más alto nivel de salud -física, psicológica y social- posible, que de acuerdo con el principio de integralidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es deber del Estado y las entidades vinculadas al

sistema velar por otorgar las herramientas necesarias para el proceso de rehabilitación del paciente y así corregir el problema que padecen logrando un desarrollo armónico, completo y adecuado de los niños, sin imponer barreras de tipo administrativo o económicas.⁴⁷

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

3.4.1 La Ley 100 de 1993 consagró que “todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud,”⁴⁸ siendo responsabilidad del Estado y las entidades promotoras de salud, la prestación de los servicios, medicamentos y procedimientos médicos que requieran los usuarios para el diagnóstico, recuperación o rehabilitación de la salud⁴⁹.

Así las cosas, en la sentencia T-053 de 2002 la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional consagró que:

(...) una persona que requiera indispensablemente atención médica y el acceso a ella esté garantizado por una entidad territorial, tiene el derecho a: (i) recibir de ésta información sobre el servicio de salud, los beneficios con que cuenta y lo que debe hacer para recibir la atención que requiera; (ii) a que ésta le indique específicamente la institución encargada de prestarle el servicio y (iii) a que le acompañe en el proceso que culmine con la atención, de tal forma que se le garantice el goce efectivo de sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y a acceder a los servicios de salud.

3.4.2 No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ampliado los casos en los cuales, el Estado o las entidades prestadoras de salud, deben asumir los costos de medicamentos, procedimientos y tratamientos que se encuentran excluidos del POS, cuando estos resultan ser necesarios para la recuperación del estado de salud o para preservar la vida digna e integridad física del paciente. Por lo cual ha establecido unas reglas jurisprudenciales utilizadas para inaplicar las disposiciones del POS como son: i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los

costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, iv) la ausencia de dichos medicamentos pone en riesgo la vida digna del paciente y en tal caso, será el Estado o, secundariamente, las entidades prestadoras de salud, quienes se hagan cargo de la obligación de financiar los medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del POS.

3.4.3 Igualmente, se ha dicho que las entidades prestadoras de salud, no deben obstaculizar el acceso al servicio de salud, imponiendo cargas administrativas desproporcionadas para que los usuarios puedan disfrutar de los tratamientos o procedimientos prescritos por los médicos tratantes. Expresamente, la regulación ha señalado que “(...) los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.”⁵⁰ En este sentido, se ha considerado que se vulnera el derecho a la salud de los usuarios cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’.⁵¹

3.4.4 De la misma manera, la jurisprudencia constitucional, tal como se mencionó anteriormente, ha reconocido que en el caso de menores de edad en condición de discapacidad, el derecho a la salud es preferente y debe ser suministrado de manera integral, razón por la cual se ha inaplicado las exclusiones del POS para preservar el bienestar y la armonía de los menores de edad.

3.4.4.1 Así, por ejemplo en la sentencia T-650 de 2009, la Sala Octava de Revisión estudió el caso de dos menores de edad que padecían de deficiencias psicomotrices y Síndrome de Down, a quienes la EPS accionada les había negado el suministro de servicios de terapias comportamentales especializados de fonoaudiología, fisioterapia, equinoterapia, acuaterapia, animalterapia y musicoterapia, por haber sido prescritos por un médico tratante no adscrito a la entidad accionada. En esta ocasión, la Corte revocó las sentencias de instancia y amparó el derecho fundamental a la salud, con fundamento en que ese argumento no constituye una razón constitucionalmente admisible para negar el amparo de los derechos fundamentales de personas en condiciones de debilidad manifiesta. Por lo cual sostuvo:

(...) 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.

Así las cosas, consideró la Sala de Revisión que la entidad accionada omitió valorar de manera científica la necesidad de practicar las terapias para desvirtuar si eran o no requeridas por los pacientes, sujetos de especial protección constitucional, a quienes el ordenamiento jurídico constitucional les otorga un alto grado de protección. Concluyendo que no es posible imponer cargas de tipo económico o administrativas para el acceso al servicio de salud en razón de la protección preferente y la situación de indefensión en la que se encuentran los menores en condiciones de discapacidad. Por lo tanto, ordenó que se realizaran las terapias previa valoración de los médicos tratantes adscritos a la entidad accionada, con el fin de determinar la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debía realizarse.

3.4.4.2 Por su parte, en la sentencia T-371 de 2010 la Corte analizó el caso de siete niños de Cereté, Córdoba, algunos afiliados y otros vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Los menores padecían de afecciones en su estado de salud por lo cual estaban en situación de discapacidad y requerían la autorización para terapias integrales (terapia técnica ABA, hipoteria, músicoterapia, hidroterapia, animalterapia, terapia física y fonoaudiología). No obstante, las entidades accionadas se negaron a prestar de manera directa o indirecta los tratamientos de rehabilitación física, de aprendizaje y educación especial a los menores discapacitados. En los siete casos, el juez de instancia negó el amparo de los derechos fundamentales invocados porque: i) el médico que ordenó las terapias no se encontraba adscrito a las entidades promotoras de salud, ii) no había medios probatorios que determinaran la idoneidad de la IPS en la cual solicitaban el suministro del tratamiento médico, iii) por ser terapias excluidas del Plan Obligatorio de Salud.

En esta ocasión, la Sala Segunda de Revisión reiteró que los menores de edad discapacitados se encuentran en una condición de vulnerabilidad que los hace merecedores de una protección prevalente y aun cuando los tratamientos médicos hayan sido prescritos por un médico no adscrito a la EPS, es responsabilidad de ésta velar por la protección del derecho fundamental a la salud de los niños en situación de discapacidad. Así lo indicó la providencia:

(...) la carga mínima que correspondía a las EPS y ante la evidencia que la receta médica había sido emitida por un médico particular- que no está probado haga parte del sistema general de seguridad social en salud - era confirmarla, descartarla o modificarla, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones podían ser las que se derivaran del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que hiciera el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado la EPS. Como resultado de lo anterior, las EPS hubieren podido establecer el tratamiento médico a seguir para la protección del derecho fundamental a la salud de los menores mencionados.

Así las cosas, se revocarán (sic) las sentencias (sic) de instancia única y se ordenará a las EPS confirmar, descartar o modificar, el dictamen dado por el médico particular en los presentes casos, con base en consideraciones de carácter técnico emitidas por un médico adscrito a esa EPS o efectuadas por el Comité Técnico si así lo determina la EPS.

3.4.4.3 En el mismo sentido, la sentencia T-855 de 2010 la Corte analizó un caso en el que se niega la práctica de procedimientos terapéuticos a niño de tres años que padecía Síndrome de Down, por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud y no haber sido ordenados por un médico tratante adscrito a la entidad accionada. Recordó la Sala 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.⁵²

Luego la Sala decidió inaplicar el numeral 5 del artículo 10 del Acuerdo 008 de 2009, porque

de acuerdo a los elementos probatorios obrantes en el expediente, se demostró que el menor agenciado era un niño en condiciones de discapacidad, existía incapacidad económica del padre del menor para asumir el costo de las terapias integrales requeridas y se comprobó que de no realizarse las terapias prescritas, se ponía en riesgo los derechos fundamentales del menor.

3.4.4.4 Por último, en la sentencia T-974 de 2010, la Corte estudió el caso de una niña diagnosticada con retardo en el desarrollo del lenguaje y microcefalia que requería un tratamiento especializado, el cual fue negado por la EPS accionada bajo el argumento de estar excluido del POS. Recordó la Sala que la prestación del servicio de salud a menores con discapacidad debe ser garantizado de manera integral, incluso respecto a tratamiento no incluidos en el POS. Reiteró que las barreras de tipo administrativo no pueden ser un obstáculo para el acceso a la prestación del servicio de salud.

3.4.5 En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental autónomo (artículo 44 Constitución), cuando se trata de niños o niñas que padecen una discapacidad existe una protección preferente de los derechos fundamentales (artículo 47 Constitución), en este sentido para la prestación de los servicios de salud es deber de las entidades promotoras de salud valorar las circunstancias especiales de los solicitantes menores de edad en aras de prestar de manera integral el servicio de salud, siendo incluso responsabilidad del Estado resguardar aquellos tratamientos, procedimientos o medicamentos No-POS. Por su parte, el juez de tutela debe analizar si el caso concreto cumple con los presupuestos fijados por la Corte Constitucional para inaplicar las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud para efectos de garantizar la sostenibilidad el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. Caso concreto

La señora Maira Alejandra Terán actuando en representación de su hija, Daniela Ramírez de 9 años de edad, quien presenta un diagnóstico de Síndrome de Down, interpuso acción de tutela el diecisiete (17) de febrero de 2011 contra Coomeva EPS por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, salud y seguridad social.

De conformidad con las ordenes médicas adjuntas en el expediente de tutela, a la menor Daniela Ramírez le ordenaron un tratamiento integral que incluye un programa de terapias especializadas tales como neuropediatría, fisioterapia⁵³, fonoaudiología⁵⁴, psicología⁵⁵ y terapia ocupacional⁵⁶, con el fin de mejorar su desempeño físico, emocional y social.

Afirmó la tutelante que solicitó verbalmente a Coomeva EPS el suministro del tratamiento integral prescrito, pero dicha entidad negó su solicitud con el argumento que son tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, indicó que su hija requiere dichas terapias y que su familia no tiene recursos económicos para costearlas.

Por su parte, la Directora de la Oficina de Coomeva EPS, en respuesta a la acción de tutela solicitó que se le desvinculara del proceso de referencia, toda vez que no existe legitimación en la causa por pasiva, ya que la menor Daniela Ramírez no se encuentra afiliada a dicha entidad, sino a la Caja de Compensación Familiar de La Guajira.

De la misma manera, la apoderada judicial de COMFAGUAJIRA solicitó que se declarará la improcedencia de la acción de tutela, pues si bien de acuerdo con la base de datos del Fosyga, la niña Daniela Ramírez Terán, al igual que su madre Maira Alejandra Terán se encuentran afiliadas al régimen subsidiado a través de dicha entidad, eso se debe a un error, pues la Caja de Compensación nunca ha atendido a las personas en cuestión, y después de realizar una visita domiciliaria pudo constatar que la accionante y su familia se encuentran afiliadas a Coomeva EPS en el régimen contributivo.

En el mismo sentido, la Secretaria de Salud Departamental señaló que la paciente Daniela Ramírez Terán se encuentra afiliada a la EPS Coomeva en el régimen contributivo y por ende, es ésta la entidad llamada a prestar los servicios médicos que la niña requiere. Por último, el Coordinador del Grupo de Acciones Constitucionales de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Protección Social, informó que las terapias integrales requeridas por la accionante, están incluidas en el Plan Obligatorio de Salud de conformidad con el Anexo No. 2 del Acuerdo 008 de 2009, razón por la cual es responsabilidad de la EPS suministrar dichas terapias sin posibilidad de recobro ante el Fosyga.

Ahora bien, el Juzgado Primero Promiscuo de Villanueva - La Guajira, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por cuanto consideró que no hay elementos probatorios que demuestren que la accionante y su hija estuvieran afiliadas a Coomeva EPS ni a La Caja

de Compensación Familiar de La Guajira. En este sentido, al no existir certeza tampoco de que la señora Maira Alejandra Terán haya solicitado a la entidad accionada el suministro del tratamiento prescrito, concluyó que no había acción u omisión por parte de la EPS accionada que vulnerara o amenazara los derechos fundamentales de la menor. Igualmente, reseñó que no había soporte probatorio de que la atención médica haya sido suministrada por Coomeva, en tanto que las prescripciones médicas anexadas en el expediente, corresponden a un especialista en neurología pediátrica del Centro de Rehabilitación Integral Renacer.

4.1 Para efectos de resolver el caso concreto, la Sala, estudiará el derecho al diagnóstico y la calidad de sujeto especial de la menor Daniela Ramírez, y por último, los tratamientos médicos prescritos incluidos en el POS y aquellos no-POS.

4.2 Según las afirmaciones realizadas en el escrito de tutela, la señora Maira Alejandra Terán indicó que con base en las prescripciones médicas que ordenaban las terapias integrales, solicitó de forma verbal a la entidad accionada el suministro de las mismas. La entidad accionada respondió negativamente a esta solicitud, según afirmó la accionante, “por estar excluidas del Plan Obligatorio de Salud”. De igual manera, la entidad demanda respondió extemporáneamente a la acción de tutela solicitando la nulidad de la misma, pues ni la menor ni la tutelante se encontraban afiliadas a Coomeva EPS. Sin embargo, en el curso de la acción de tutela, se pudo comprobar que efectivamente tanto la madre, como la menor Daniela Ramírez se encuentran afiliadas a Coomeva EPS (numeral 3.1.1.2.1).

La Sala observa que en el caso concreto, de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, no se puede constatar que la accionante le haya solicitado a la entidad prestadora de salud demandada, la prestación del tratamiento integral prescrito por el médico tratante, ni tampoco hay certeza de sí el médico neuropediatra Dr. Carlos A. Mora Ruiz, quien prescribió el tratamiento integral, sea un médico adscrito a Coomeva EPS.

4.4 Ahora bien, y como reiteradamente se ha mencionado, la niña Daniela Ramírez tiene un diagnóstico de Síndrome de Down, razón por la cual el neuropediatra le ordenó una terapia integral consistente en neuropediatría, fisioterapia, fonoaudiología, psicología y terapia ocupacional, con el fin de mejorar al desempeño físico, emocional y social de la menor. Respecto a la pretensión de la accionante es necesarios hacer dos precisiones:

4.4.1 En primer lugar, esta Corporación ha resaltado que los derechos fundamentales de los

menores de edad, por mandato expreso de la Constitución, tienen una protección prevalente en el ordenamiento jurídico. Así las cosas, el derecho a la salud es fundamental y autónomo, por lo cual es responsabilidad tanto del Estado y las EPS prestar un servicio de salud de manera integral.

Por lo tanto, en virtud de la integralidad del sistema de salud, toda atención médica requerida por el paciente para diagnosticar, tratar o rehabilitar su estado de salud debe ser garantizada por los diferentes actores vinculados al sistema de salud de acuerdo con lo establecido en el Plan Obligatorio de Salud. Sin embargo, tratándose de sujetos de especial protección constitucional, como son los niños y las personas en condiciones de discapacidad, la prestación de servicio de salud debe garantizarse indistintamente de si se encuentra incluido en el POS.

4.4.2 Aun cuando no hay certeza de sí el médico neuropediatra Dr. Carlos A. Mora Ruiz, quien prescribió el tratamiento integral, sea un médico adscrito a Coomeva EPS, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que no se puede negar la prestación de un servicio médico sobre la base de que fue prescrito por un médico no adscrito a determinada EPS, pues sería imponer una barrera en el acceso al servicio de salud. Así, es deber de la EPS descartar con base en criterios técnicos y científicos la prescripción médica realizada por otro galeno. Al respecto, indicó la Corte en la sentencia T-760 de 2008:

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.⁵⁷

4.5 De la misma manera, es claro que de las terapias prescritas por el médico tratante, varias de ellas están incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual es deber de la entidad accionada el suministro de las mismas. Así, de acuerdo a la Resolución 5261 de 1994 (artículos 84 y 88) y el Anexo No. 2 del Acuerdo 008 de 2009, las terapias: terapia física

integral, terapia respiratoria integral, terapia fonoaudiológica integral, terapia fonoaudiológica para problemas evolutivos y adquiridos del lenguaje oral y escrito, terapia fonoaudiológica para desórdenes del habla, voz, fluidez, articulación, resonancia; terapia fonoaudiológica para desórdenes auditivos comunicativos; terapia fonoaudiológica para desórdenes cognitivo comunicativos; otro adiestramiento y terapia del habla y por último, terapia ocupacional integral; hacen parte del POS.

Por esta razón, la entidad accionada deberá suministrar las terapias anteriormente mencionadas, por estar incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con las indicaciones realizadas por el médico tratante, sin que proceda el recobro ante el Fosyga.

4.6 Por otra parte, respecto a las terapias prescritas de fisioterapia y terapia ocupacional, que incluyen hidroterapia, animalterapia, musicoterapia y equinoterapia que se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 10 del Acuerdo 008 de 2009.

No obstante, esta Corporación ha establecido que tratándose de menores de edad, sujetos de especial protección constitucional y cuando se verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional, la entidad promotora deberá suministrar los medicamentos, tratamientos o procedimientos excluidos del POS que sean necesarios para garantizar la vida digna y la salud de los usuarios. Así las cosas, en el caso concreto se debe comprobar que: i) el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, iv) la ausencia de dichos medicamentos pone en riesgo la vida digna, la salud o integridad física del paciente.

En efecto, en el caso concreto, no se pudo constatar que la accionante haya requerido a EPS accionada las terapias requeridas por su hija, ni se pudo comprobar que: i) las terapias hayan sido prescritas por un médico especialista adscrito a la EPS, ii) no existe certeza de la capacidad económica de la accionante para costear el tratamiento médico requerido.

4.7 En suma, la Sala observa que en el caso concreto, de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, no se puede constatar que la accionante le haya solicitado a la entidad

prestadora de salud demandada, la prestación del tratamiento integral prescrito por el médico tratante. No obstante, esta Sala no desconoce que, tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional mencionada anteriormente, el derecho a la salud de los niños en condiciones de discapacidad tienen una connotación preferente, razón por la cual corresponde tanto al Estado y a las entidades promotoras de salud, velar por el bienestar y desarrollo integral de los niños; razón por la cual se amparará el derecho al diagnóstico de la menor Daniela Ramírez y en este orden de ideas, será necesario que se realice previamente una valoración por los médicos especialistas adscritos a la entidad accionada con el fin de que se determine la periodicidad, cantidad y tipo de procedimiento concreto que debe realizarse, al igual que la institución prestadora de servicios en la cual se suministraran las terapias, frente a aquellas terapias incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

Finalmente, la entidad accionada, a través del Comité Técnico Científico deberá evaluar si la menor requiere con necesidad aquellas terapias que están excluidas del Plan Obligatorio de Salud.

4.8 En conclusión, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villanueva -La Guajira y en su lugar concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de la menor Daniela Ramírez. En virtud de lo anterior, ordenará a Coomeva EPS para que: i) realice una valoración por los médicos especialistas adscritos a la entidad accionada con el fin de que se determine la periodicidad, cantidad y tipo terapias que deban realizarse, al igual que la institución prestadora de servicios en la cual se suministraran las terapias, frente a aquellas incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, y que ii) a través del Comité Técnico Científico deberá evaluar si la menor requiere con necesidad aquellas terapias que están excluidas del Plan Obligatorio de Salud, si existe un tratamiento análogo incluido en el POS que pueda suministrarle a la menor Daniela Ramírez y que evalué la capacidad económica de la accionante para efectos de suministrar aquellas terapias excluidas del Plan Obligatorio de Salud.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villanueva -La Guajira y en su lugar CONCEDER la tutela por los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social invocados por la señora Maira Alejandra Terán en representación de su hija Daniela Ramírez Terán.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folios 3, 14 y 70 del cuaderno # 2. Igualmente, según la base de datos del FOSYGA, la menor Daniela Ramírez Terán se encuentra vinculada en el régimen contributivo, en calidad de beneficiaria. (Folio 10 del cuaderno principal.)

2 Según consta en la copia del registro civil de nacimiento, la menor Daniela Ramírez Terán nació el 10 de Diciembre de 2002.

3 Según el diagnostico del neurólogo infantil. Folio 10 cuaderno # 2.

4 Como tratamientos de fisioterapia se recomendó: Equinoterapia, Acuaterapia y Terapia asistida con perros. Folio 12 del cuaderno # 2.

5 El médico tratante prescribió como tratamiento en fonoaudiología: miofuncional, terapia de lenguaje y musicoterapia. Folio 12 del cuaderno # 2.

6 Se prescribió: terapia sistémica o familiar, terapia comportamental. Folio 12 del cuaderno # 2.

7 El médico prescribió: integración sensoriomotriz. Folio 12 del cuaderno # 2.

8 Folio 4 del cuaderno # 2.

9 Folio 44 del cuaderno # 2.

10 Folios 47 al 48 del cuaderno # 2.

11 Folios 51 al 52 del cuaderno # 2.

12 Folios 27 al 31 y 34 al 39 del cuaderno # 2.

13 Folio 27 del cuaderno # 2.

14 Folio 30 del cuaderno # 2.

15 Folio 31 del cuaderno # 2.

16 Folios 61 al 64 del cuaderno # 2.

17 Folio 70 del cuaderno # 2.

18 Folios 87 al 91 del cuaderno # 2.

19 Las terapias incluidas en el Plan Obligatorio de Salud son: terapia física integral, terapia respiratoria integral, terapia fonoaudiologica integral, terapia fonoaudiologica para problemas evolutivos y adquiridos del lenguaje oral y escrito, terapia fonoaudiologica para desordenes del habla, voz, fluidez, articulación, resonancia; terapia fonoaudiologica para desordenes auditivos comunicativos; terapia fonoaudiologica para desordenes cognitivo comunicativos; otro adiestramiento y terapia del habla y por ultimo, terapia ocupacional integral. Folio 88 del cuaderno # 2.

20 Folios 71 al 81 del cuaderno # 2.

21 Folios 9 al 12 del cuaderno # 2.

22 Folios 13-14 del cuaderno # 2.

23 Folio 14 del cuaderno # 2.

24 Folio 15 del cuaderno # 2.

26 Entre otras, sentencias: T-625 de 2009, T-197 de 2009, T-411 de 2006, T-630 de 2005, T-843 de 2005, T-1007 de 2001.

27 Artículo 156 literal e) de la Ley 100 de 1993.

28 Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

29 Folio 14 del cuaderno # 2.

30 Folio 3 al 8 del cuaderno # 2.

31 El 10 de noviembre de 2011 por medio de comunicación telefónica, la señora Maira Alejandra Terán afirmó que ella “se encuentra afiliada a Coomeva EPS”.

32 Folio 70 del cuaderno # 2.

33 A través de la página web del Fosyga (www.fosyga.gov.co), se pueden consultar la Base de Datos Única del Sistema de Seguridad Social, en la cual consta que la señora Maira Alejandra Terán Suárez con C.C 1.131.326.551 esta afiliada a Coomeva EPS. Por su parte, la menor Daniela Ramírez Terán, con Tarjeta de Identidad No. 1.007.537.128 se encuentra afiliada a Coomeva EPS. (Folios 9 y 10 del cuaderno # 1.)

34 “Por la cual se dictan disposiciones sobre el reporte de la información de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sector Salud”.

35 www.fosyga.gov.co (Folio 9 y 10 del cuaderno # 1)

36 Que entró en vigor en Colombia en 1968.

37 El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General No. 14 relativo al disfrute del más alto nivel de salud, interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de DESC, el cual establece como característica del derecho a la salud como un “derecho humano fundamental” (Párr. 1).

38 Sentencias: T-127 de 2007, T-1054 de 2008, T-650 de 2009, T-855 de 2010, T-974 de 2010, T-371 de 2010, entre otras.

39 Sentencias 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 y T-855 de 2010, entre otras.

40 Sentencia T-478 de 2008.

41 Así lo señaló la sentencia T-1220 de 2001: “(...) el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.”

42 Sentencia T-556 de 1998.

43 Sentencia T-179 de 2000, T-988 de 2003, T- 568 de 2007, T-604 de 2008 T-136 de 2004, T-518 de 2006, T-657 de 2008, T-760 de 2008 entre otras.

44 Sentencia T-531 de 2009.

45 Sentencia T-179 de 2000.

46 Sentencia T-298 de 1994.

47 Sentencia T-556 de 1998, T-620 de 1999, T-059 de 1999, T-209 de 1999, T-179 de 2000, T-412 de 2004, T-398 de 2004, T-801 de 2004, T-207 de 2009, T-140 de 2009, T-650 de 2009, entre otras.

48 Artículo 156 literal c) Ley 100 de 1993.

49 El contenido del Plan Obligatorio de Salud esta consagrado en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- (Modificado por el Acuerdo 25 y 21 de 2011). Igualmente, la Resolución 5261 de 1994 contempla el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Y mediante los Acuerdos 004 y 011 de 2010, la CRES extendió los beneficios del POS contributivo a los niños y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado.

50 Decreto 1703 de 2002, artículo 40.

51 En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006.

52 Sentencia T-256 de 2002.

53 Como tratamientos de fisioterapia se recomendó: Equinoterapia, Acuaterapia y Terapia asistida con perros. Folio 12 del cuaderno # 2.

54 El médico tratante prescribió como tratamiento en fonoaudiología: miofuncional, terapia de lenguaje y musicoterapia. Folio 12 del cuaderno # 2.

55 Se prescribió: terapia sistémica o familiar, terapia comportamental. Folio 12 del cuaderno # 2.

56 El médico prescribió: integración sensoriomotriz. Folio 12 del cuaderno # 2.

57 Sentencia T-760 de 2008.

{p}