

Sentencia T-893/10

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO- Caso de niño con síndrome de Down

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD Y FACULTAD DE LAS EPS DE CONTRATAR CON DETERMINADAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD-Límites

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental

DERECHO A LA SALUD Y DERECHO AL DIAGNOSTICO-Caso de menor con síndrome Down que está recibiendo tratamiento, pero sus padres consideran que ha retrocedido en su aprendizaje y evolución terapéutica

La Sala de Revisión encuentra que la Nueva EPS le está prestando el tratamiento de terapias de neurodesarrollo al menor, a través de una IPS adscrita a su red de prestadores, sin embargo, los padres del menor consideran que el menor ha venido retrocediendo en su aprendizaje y en su evolución terapéutica desde que está recibiendo tratamiento con el grupo de terapeutas de la Institución Prestadora de Servicios de Salud adscrita a la entidad accionada. El reclamo de los padres podría tener asidero, si se encuentra en riesgo el desarrollo armónico e integral del menor. No obstante, la Sala encuentra que el juicio según el cual los terapeutas que prestan sus servicios en las entidades adscritas a la Nueva EPS, no cuentan con la calidad, experiencia y conocimientos necesarios para garantizarle al menor los avances necesarios en su desarrollo, no responde a un criterio científico de un médico, sino, al criterio subjetivo de los padres del menor. Por lo tanto, no es posible que la Corte ordene que la prestación del tratamiento en la institución particular señalada, por no contar con los elementos de juicio necesarios para el efecto. Como ya lo expresó la Sala, la falta de idoneidad de los profesionales que prestan sus servicios en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud adscritas a la Nueva EPS para la prestación del tratamiento que el menor requiere, proviene de una apreciación subjetiva de los accionantes, y adicionalmente no existe orden del médico tratante del menor en la que se indique que el tratamiento deba ser prestado en el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda. Sin embargo, como es posible que la impresión de los padres tenga un sustento real, el juez de tutela, en este caso, debe

proteger el derecho fundamental a la salud del menor, específicamente, su derecho al diagnóstico médico

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR DISCAPACITADO-Orden a EPS de garantizar los servicios de salud de menor de edad con síndrome de down requeridos para su rehabilitación social integral

La Sala reitera que el goce efectivo del derecho a la salud de las niñas y los niños, en especial de aquellos con condiciones especiales como el síndrome de Down, debe ser garantizado prioritariamente. Ello incluye el derecho a que se evite que un cambio en la terapia que un menor viene recibiendo, afecte su desarrollo armónico e integral significativamente.

Acción de tutela instaurada por la señora Martha Cecilia Moncayo Zúñiga y por el señor Abel Walteros Puerta, en representación de su hijo menor de edad Juan Esteban Walteros Moncayo contra la Nueva EPS.

Magistrada Ponente:

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán el 8 de marzo de 2010, y en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 27 de abril de 2010, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Martha Cecilia Moncayo Zúñiga y por el señor Abel Walteros Puerta, en representación de su hijo menor de edad Juan Esteban Walteros Moncayo, contra la Nueva EPS.¹

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La señora Martha Cecilia Moncayo Zúñiga y el señor Abel Walteros Puerta, actuando en representación de su hijo menor Juan Esteban Walteros Moncayo, presentaron acción de tutela en contra de la Nueva EPS, porque consideran que dicha entidad está vulnerando los derechos fundamentales de su hijo menor, quien padece síndrome de Down citan como infringidos los derechos a la igualdad, a la salud en conexidad con la vida, y el derecho de petición, al negarle el tratamiento de terapias de neurodesarrollo con el grupo de profesionales con los que el menor empezó su tratamiento, argumentando que estos profesionales ya no están vinculados con una IPS adscrita a su red de prestadores. Los accionantes fundamentaron su solicitud en los siguientes hechos:

1. Juan Esteban Walteros Moncayo nació el 5 de febrero de 2005,² y desde el 30 de junio de 2005, se le diagnosticó síndrome de Down.³

1. Desde los siete (7) meses de edad,⁴ el menor recibía tratamiento de terapias de neurodesarrollo con un equipo de profesionales liderado por la doctora Elizabeth Roldán, vinculados a la entidad Fisiocenter Ltda.,⁵ las cuales había autorizado el Instituto de Seguros Sociales, hoy Nueva EPS.

1. El grupo de profesionales que adelantaba el tratamiento del menor, dejó de prestar sus servicios a la IPS Fisiocenter Ltda., y se vinculó con el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda. Sin embargo, continuó recibiendo el tratamiento con la IPS Fisiocenter Ltda., aunque, con un grupo de profesionales distinto a los que lo venían atendiendo.

1. Los padres del menor argumentan que, en su concepto, desde que el menor está siendo

tratado por los especialistas vinculados con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud adscritas a la red de prestadores de la Nueva EPS, ha tenido un retroceso notorio y desventajoso, perdiendo las habilidades alcanzadas. Específicamente, los padres del menor manifiestan que es necesario que continúen con el tratamiento del menor, ya que éste “(...) iba ascendiendo en forma satisfactoria, pues dicho personal, cuenta con la calidad, experiencia y conocimientos especializados, para acreditar el avance en el desarrollo de [su] hijito, cuyos resultados pueden ser constatados en los respectivos informes”.⁶

1. Igualmente, argumentan que la Nueva EPS ha autorizado a otros menores de edad la prestación del tratamiento de terapias de neurodesarrollo en el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda.

1. Por lo que solicitan que se ordene a la Nueva EPS que autorice el tratamiento de terapias de neurodesarrollo del menor en la IPS Surgir Ltda., que se les indemnice los perjuicios morales sufridos y que se les reintegre el valor de las terapias que cancelaron como particulares.

1. Respuesta de la entidad accionada

1. Por su parte, la entidad accionada dio respuesta a la acción de tutela indicando que al menor Juan Esteban Walteros Moncayo se le viene prestando los servicios solicitados a través de su entidad adscrita Fisiocenter Ltda., que esa entidad cuenta con las debidas habilitaciones otorgadas por la Secretaría de Salud, y que el menor ha tenido una evolución satisfactoria al tratamiento brindado por Fisiocenter Ltda., manifestando que no existe prueba que evidencie un mal servicio por parte de la IPS adscrita a su red de prestadores.

1. Igualmente, informó que no tiene convenio con el Centro de Neurorehabilitación Surgir

Ltda., y que está prestando tratamientos de terapias de neurodesarrollo a otros menores a través del Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda., porque ha sido condenada mediante otros fallos de tutela a prestar estos servicios con la entidad en mención.

1. Respecto de la solicitud de indemnización y reintegro de los valores cancelados por los padres del menor para su tratamiento, la Nueva EPS argumentó que la acción de tutela es improcedente porque este es un conflicto económico y los accionantes cuentan con un mecanismo judicial ordinario para la atención de sus pretensiones.

3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán, mediante sentencia del 8 de marzo de 2010, tuteló el derecho a la igualdad y los derechos de los niños, del menor Juan Esteban Walteros Moncayo, porque consideró que no estaba justificado que la Nueva EPS prestara a algunos menores las terapias de neurodesarrollo a través del Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda., y por el contrario, se negara a prestarle las mismas terapias al menor Juan Esteban Walteros Moncayo a través de la IPS en mención. En consecuencia, ordenó a la Nueva EPS que remitiera al menor al Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda., para que allí se le prestaran las terapias de neurodesarrollo.

Respecto de la solicitud de reembolso de los valores cancelados por los padres del menor, el Juez de primera instancia consideró que la acción de tutela era improcedente porque la pretensión era eminentemente patrimonial y económica, y por lo tanto, era un asunto que debía ser debatido a través de la jurisdicción laboral ordinaria.

4. Impugnación

Esta sentencia fue impugnada por la entidad accionada, reiterando que la Nueva EPS no tiene convenio con el Centro de Neurodesarrollo Surgir Ltda., y que si han autorizado la prestación de servicios de salud a través de esa IPS, ha sido en cumplimiento de fallos de tutela que se lo han ordenado, desvirtuándose así la vulneración al derecho a la igualdad del menor Juan Esteban Walteros Moncayo. Igualmente, argumenta que el tratamiento brindado al menor a través de las Instituciones Prestadores de Servicios de Salud con las que tienen

convenios, no es de menor calidad a los servicios ofrecidos por el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda.

5. Sentencia de segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante sentencia del 27 de abril de 2010, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó la tutela de los derechos del menor Juan Esteban Walteros Moncayo, porque consideró que en el expediente no estaba demostrado que la Nueva EPS le estuviera negando al menor la prestación de los servicios de salud integral, ni que la IPS adscrita a la entidad accionada le prestara una inadecuada atención. Igualmente, señaló que la entidad accionada no estaba discriminando al menor, porque en el expediente estaba demostrado que la prestación a otros menores de terapias de neurodesarrollo en el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda., se había autorizado en cumplimiento de otros fallos de tutela, pero no por voluntad de la Nueva EPS.

6. Actuaciones en sede de revisión

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, mediante Auto del 8 de septiembre de 2010, ordenó a la Nueva EPS que enviara copia del contrato de prestación de servicios suscrito con el Centro de NeuroRehabilitación Surgir Ltda.. Mediante comunicación del 30 de septiembre de 2010, la Secretaria General de la Corte Constitucional informó al despacho que no recibió respuesta al requerimiento.

II. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3° y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

En el presente caso, le corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera una Entidad Promotora de Salud (Nueva E.P.S.), el derecho a la salud y al

desarrollo armónico integral, de un menor con síndrome de Down, al negarse a prestarle un tratamiento (terapias de neurodesarrollo) con el grupo de especialistas con quienes el menor inició su tratamiento, argumentando que esos profesionales están vinculados con una IPS con la que no tienen convenio de prestación de servicios, sin tener en cuenta que en criterio de los padres del menor, el tratamiento brindado a su hijo por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud con las que la EPS tiene convenio, han ocasionado un retroceso en el desarrollo del menor?

Teniendo en cuenta que el caso le plantea a la Sala de Revisión un problema jurídico ya resuelto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala ha decidido reiterar la jurisprudencia de la Corte en el presente caso. Por lo anterior, se reiterará la jurisprudencia constitucional relacionada con (i) el derecho fundamental a la salud de las niñas y los niños; y (ii) la protección reforzada que merecen los menores con discapacidad por parte del ordenamiento jurídico.

3. Posible vulneración del derecho a la igualdad del menor Juan Esteban Walteros Moncayo por parte de la Nueva EPS.

En primer lugar, la Sala de Revisión debe estudiar la posible vulneración del derecho a la igualdad del niño Juan Esteban Walteros Moncayo por parte de la Nueva EPS, teniendo en cuenta los argumentos planteados por el padre y la madre del menor, quienes afirmaron que la Nueva EPS ha autorizado la prestación del tratamiento de terapias de neurodesarrollo en el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda., a otros menores de edad.

La entidad accionada afirmó que el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda. no hace parte de su red de instituciones prestadoras de servicios de salud, y que la autorización de terapias de neurodesarrollo a otros menores en esa entidad, no obedece a una decisión libre de garantizar estos servicios a sus afiliados, sino que es producto del cumplimiento de órdenes impuestas mediante fallos de tutela.

La Sala de Revisión, con el fin de recaudar información adicional que sirviera de fundamento para el juicio de igualdad planteado, solicitó a la Nueva EPS que suministrara la copia del convenio suscrito con el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda., sin embargo, la entidad accionada no suministró la documentación solicitada. Por lo tanto, la Sala debe hacer el juicio de igualdad con fundamento en las afirmaciones presentadas por las partes.

En primer lugar, el derecho a la igualdad parte del principio según el cual se debe tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales. Cuando se hace un juicio de igualdad, se comparan dos situaciones fácticas para establecer si a dichas situaciones se les dio un trato igual o desigual. Ahora bien, este juicio supone determinar desde un comienzo si la situación fáctica a comparar parte de una situación inicial de igualdad o de desigualdad, para determinar si dicha situación requería un trato igual o desigual, lo cual se logra estableciendo los criterios a partir de los cuales se realizará la comparación.⁷

En el caso en estudio, el juicio de igualdad se plantea respecto del trato dado al menor Juan Esteban Walteros Moncayo por parte de la Nueva EPS, y el trato brindado por la misma entidad a otros menores, quienes, según lo afirman los accionantes, se encuentran en su misma situación fáctica. Sin embargo, la Sala de Revisión no encontró en el escrito de tutela ni en el expediente, medios de prueba necesarios para establecer si Juan Esteban Walteros Moncayo y los menores mencionados por los accionantes en el escrito de tutela, están en una situación igual.

Lo que si evidencia la Sala de Revisión es que la Nueva EPS les dio el mismo trato a todos los menores, es decir, a todos los menores les negó la prestación del servicio de terapias de neurodesarrollo en el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda., pero, por fallos de tutela, la entidad accionada fue obligada a autorizar la prestación de los servicios requeridos en aquella entidad a los otros menores de quienes se plantea el juicio de igualdad. Por lo anterior, la Sala de Revisión no encuentra demostrado que Juan Esteban Walteros Moncayo haya recibido un trato desigual por parte de la Nueva EPS respecto de los otros menores mencionados en el escrito de tutela.

Ahora bien, la Sala de Revisión debe determinar si la negativa de la Nueva EPS de no autorizar la prestación de terapias de neurodesarrollo a Juan Esteban Walteros Moncayo vulnera su derecho a la salud y la garantía de un desarrollo armónico e integral. En caso de ser identificada una vulneración, similar a las verificadas por los jueces de tutela en otros casos, al igual que ocurre con ellos, su derecho podrá ser tutelado.

4. El derecho fundamental a la salud de las niñas y los niños es fundamental

4.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud de las niñas y los niños es fundamental, cuenta con un carácter prevalente frente a los derechos

de los demás y corresponde a la familia, el Estado y la sociedad garantizarles su desarrollo armónico e integral.⁸

Por eso, en la sentencia T-760 de 2008,⁹ la Corte Constitucional reconoció que las medidas de protección especial de los derechos de los menores deben buscar garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En esa sentencia, la Corte manifestó que “[e]l 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.¹⁰”.¹¹ En esa misma oportunidad, la Corte reiteró el carácter fundamental del derecho de los niños a la salud, e indicó que “debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.¹²”.¹³

Complementario a lo anterior, este Tribunal se ha ocupado de interpretar el derecho fundamental de los niños a la salud, a la luz de los tratados internacionales en la materia¹⁴ y ha considerado que “la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales”.¹⁵

De las anteriores consideraciones concluye la Sala que el derecho fundamental de las personas menores de edad a la salud, debe ser atendido en forma inmediata y prioritaria, con miras a garantizar su desarrollo armónico e integral, de tal manera que sus necesidades sean cubiertas de manera eficaz.

4.2. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el menor Juan Esteban Walteros Moncayo además de su condición de niño, tiene una condición que lo hace aún más especial pues fue diagnosticado con síndrome de Down. Esta condición hace que la protección que le debe brindar su familia, la sociedad y el Estado para garantizarle su desarrollo armónico e integral sea mayor.

Con base en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política,¹⁶ entre otras disposiciones, la

Corte Constitucional ha indicado que se debe garantizar el derecho a la igualdad de las personas con limitaciones de manera real y efectiva. Para la consecución de este objetivo, señala la jurisprudencia, que se “ordena al Estado adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, en especial aquellos que por su condición física o mental se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, lo que ha sido llamado por la jurisprudencia constitucional acciones afirmativas”.¹⁷

Las personas con limitaciones, transitorias o permanentes, cuentan con una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico. Esta protección reforzada, en relación con los menores, se traduce en el derecho que les asiste a la realización de un tratamiento integral con miras a lograr su rehabilitación.¹⁸ La Corte ha considerado que la razón de esta regla, tal y como ya se explicó, es que la salud de los niños es un derecho fundamental autónomo, especialmente protegido por la Constitución y que, tratándose de menores con limitaciones, el Estado está obligado a ofrecerles un tratamiento integral con miras a lograr su integración social. En este sentido se le deben ofrecer al menor todos los medios posibles que permitan obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta además, que “este proceso puede tener ingredientes médicos y educativos (...)”.¹⁹

Particularmente, la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar diversos casos de menores que fueron diagnosticados con síndrome de Down, a quienes sus correspondientes entidades promotoras de salud les negaron la autorización de tratamientos de rehabilitación por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En esas ocasiones esta Corporación tuteló, entre otros, los derechos a la salud y a la vida digna de los menores.²⁰

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de la solicitud de prestación de tratamientos a menores con limitaciones en instituciones que no están adscritas a la red de prestadoras ofrecidas por las Entidades Promotoras de Salud, bajo el argumento de los padres de los menores, de que las entidades ofrecidas por las Entidades Promotoras de Salud no cuentan con la idoneidad necesaria para garantizar el desarrollo integral de los menores. En estos eventos, la Corte ha señalado que“(...) en el caso de niños con discapacidad la idoneidad de las instituciones médicas debe estar debidamente acreditada de manera que ofrezca al menor un tratamiento de calidad adecuado para el manejo de su enfermedad. Lo anterior implica que si en un caso concreto el médico tratante considera que el menor discapacitado requiere de un tratamiento específico, y no existe una

entidad vinculada a la correspondiente EPS que lo proporcione de manera adecuada, la entidad está en la obligación de autorizar el correspondiente tratamiento a su cargo, incluso en instituciones que no se encuentren dentro de su red de prestadores”.²¹

5. Juan Esteban Walteros Moncayo tiene derecho constitucional a recibir un tratamiento de un prestador, incluso no contemplado en la red de su actual asegurador, si de ello depende significativamente el goce efectivo de su derecho a su desarrollo armónico e integral.

Como se dijo, en el presente caso, los padres del menor Juan Esteban Walteros Moncayo solicitan que se amparen el derecho fundamental de su hijo a la salud, pues consideran que está siendo vulnerado por la Nueva EPS al negarle la prestación del tratamiento para su desarrollo integral con el grupo de profesionales con quienes el menor inició su tratamiento, argumentando que esos profesionales ya no están vinculados con una Institución Prestadora de Servicios de Salud con la que tengan un convenio suscrito.

5.1. La Sala de Revisión encuentra que la Nueva EPS le está prestando el tratamiento de terapias de neurodesarrollo al menor Juan Esteban Walteros Moncayo a través de una IPS adscrita a su red de prestadores, sin embargo, los padres del menor consideran que el menor ha venido retrocediendo en su aprendizaje y en su evolución terapéutica desde que está recibiendo tratamiento con el grupo de terapeutas²² de la Institución Prestadora de Servicios de Salud adscrita a la entidad accionada.

El reclamo de los padres podría tener asidero, si se encuentra en riesgo el desarrollo armónico e integral del menor. No obstante, la Sala encuentra que el juicio según el cual los terapeutas que prestan sus servicios en las entidades adscritas a la Nueva EPS, no cuentan con la calidad, experiencia y conocimientos necesarios para garantizarle al menor Juan Esteban Walteros Moncayo los avances necesarios en su desarrollo, no responde a un criterio científico de un médico, sino, al criterio subjetivo de los padres del menor. Por lo tanto, no es posible que la Corte ordene que la prestación del tratamiento en la institución particular señalada, por no contar con los elementos de juicio necesarios para el efecto. Como ya lo expresó la Sala, la falta de idoneidad de los profesionales que prestan sus servicios en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud adscritas a la Nueva EPS para la prestación del tratamiento que el menor requiere, proviene de una apreciación subjetiva de los accionantes, y adicionalmente no existe orden del médico tratante del menor en la que se

indique que el tratamiento deba ser prestado en el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda.

5.2. Sin embargo, como es posible que la impresión de los padres tenga un sustento real, el juez de tutela, en este caso, debe proteger el derecho fundamental a la salud del menor Juan Esteban Walteros Moncayo, específicamente, su derecho al diagnóstico médico. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho:

En la sentencia T-626 de 2009,²⁴ la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de estudiar un caso similar al planteado en la presente acción de tutela. En esa oportunidad, la Corte estudió una acción de tutela presentada en nombre de un menor con síndrome de Down, a quien un médico tratante no adscrito a la EPS a la que estaba afiliado el tutelante, recomendó continuar con el tratamiento de rehabilitación integral en una institución especializada en la prestación de ese tipo de tratamientos, la cual no pertenecía a la red de instituciones prestadoras de la EPS. En ese caso, la Corte Constitucional tuteló el derecho a la salud y a la vida digna del menor, y ordenó a la EPS que conformara un grupo interdisciplinario de profesionales de la salud para que determinaran cual era el tratamiento de rehabilitación que debía recibir el menor con miras a lograr un máximo de mejoramiento en su calidad de vida y cuál era la institución más idónea y especializada para el tratamiento.

En el presente caso, la madre del menor Juan Esteban Walteros Moncayo presentó un derecho de petición ante la Nueva EPS,²⁵ informando que “[empezó] a notar situaciones que no favorecían el proceso de terapias a favor de mi hijo comparativamente con lo que fue cuando estuvo con el grupo original de terapeutas”,²⁶ y solicitando que se le cambiara la IPS que le prestaba las terapias de neurodesarrollo para que fueran prestadas por el Centro de Neurorehabilitación Surgir Ltda. La Nueva EPS respondió el derecho de petición informando que no podía acceder a la petición porque la IPS solicitada no pertenecía a su red de instituciones prestadoras de servicios de salud y que analizando los documentos anexos a la petición, consideraba que el niño había presentado una evolución favorable, de lo cual concluyó que “(...) la entidad adscrita a [su] red de servicios goza de las condiciones técnicas y científicas para la prestación de lo requerido (...)”.²⁷

Por tanto, la Sala de Revisión considera que la Nueva EPS vulneró el derecho a la salud del

menor Juan Esteban Walteros Moncayo, ya que, cuando la madre del menor informó que había notado cambios desfavorables en su desarrollo, la entidad accionada tenía la obligación de realizar el diagnóstico médico para determinar la veracidad de la información y garantizar así el desarrollo armónico e integral de Juan Esteban Walteros Moncayo.

6. Orden a impartir

Por las razones expuestas, la Sala de Revisión ordenará a la Nueva EPS que integre un grupo interdisciplinario de profesionales de la salud para hacer una evaluación integral del desarrollo del menor Juan Esteban Walteros Moncayo, y establecer si el tratamiento prestado en la IPS adscrita a la red de instituciones prestadoras de servicios de la Nueva EPS, le garantiza al menor su desarrollo armónico e integral en condiciones similares a las que se le estaban garantizando con el grupo de profesionales con los que el menor comenzó su tratamiento.

El grupo interdisciplinario de profesionales deberá estar conformado por un número impar de integrantes (mínimo tres), ya que, aunque los diagnósticos médicos obedecen a criterios científicos, éstos pueden diferir y complementarse por la valoración personal de cada profesional. Igualmente, el médico tratante del menor Juan Esteban Walteros Moncayo deberá hacer parte del grupo de profesionales, junto con por lo menos un profesional que evalúe el desarrollo físico y otro profesional que evalúe el desarrollo neurológico del menor.

Si luego de la evaluación integral del menor, el grupo interdisciplinario de profesionales concluye que el tratamiento prestado por las institución adscrita a la Nueva EPS es significativamente inferior al tratamiento que le prestaba el grupo de profesionales con los que el menor comenzó su tratamiento, la Nueva EPS deberá autorizar el tratamiento en la institución que le garantice al menor su desarrollo armónico e integral en condiciones similares a las que se le venían garantizando anteriormente.

Si la Nueva EPS no contara dentro de sus IPS adscritas con una institución con la calidad, idoneidad y especialidad requeridas, la entidad accionada deberá autorizar y asumir el tratamiento del menor en la institución que le garantice su desarrollo armónico e integral en condiciones similares a las que se le venían garantizando anteriormente. Sin embargo, la Nueva EPS podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga), para que esa entidad le reconozca lo que le corresponda

de acuerdo con la regulación aplicable.

III. DECISIÓN

En conclusión, la Sala reitera que el goce efectivo del derecho a la salud de las niñas y los niños, en especial de aquellos con condiciones especiales como el síndrome de Down, debe ser garantizado prioritariamente. Ello incluye el derecho a que se evite que un cambio en la terapia que un menor viene recibiendo, afecte su desarrollo armónico e integral significativamente.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 27 de abril de 2010, que a su vez revocó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán el 8 de marzo de 2010, en la cual se tuteló el derecho a la igualdad de Juan Esteban Walteros Moncayo, y en su lugar, CONFIRMAR dicha sentencia, en cuanto tuteló el derecho a la salud y a la garantía del desarrollo armónico e integral del menor.

Segundo.- ORDENAR a la Nueva EPS que en un término de ocho (8) días contado a partir de la notificación de esta providencia, garantice el derecho al diagnóstico médico del niño Juan Esteban Walteros Moncayo. Para el efecto deberá conformar un grupo interdisciplinario de profesionales de la salud que deberá evaluar integralmente el desarrollo de Juan Esteban Walteros Moncayo, y establecer si el tratamiento prestado en la IPS adscrita a la red de instituciones prestadoras de servicios de la Nueva EPS, le garantiza al menor su desarrollo armónico e integral en condiciones similares a las que se le estaban ofreciendo con el grupo de profesionales con los que inició su tratamiento.

Si el grupo de profesionales de la salud encuentra que el tratamiento prestado actualmente a Juan Esteban Walteros Moncayo es significativamente inferior al tratamiento que le prestaba el grupo de profesionales con los que inició su tratamiento, la Nueva EPS deberá autorizar el tratamiento en la institución que le garantice al menor su desarrollo armónico e integral en

condiciones similares a las que se le venían ofreciendo anteriormente.

Si la Nueva EPS no contara dentro de sus IPS adscritas con una institución con la calidad, idoneidad y especialidad requeridas, la entidad accionada deberá autorizar y asumir el tratamiento del menor en la institución que le garantice su desarrollo armónico e integral en condiciones similares a las que se le venían ofreciendo anteriormente. La EPS podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga), para que esa entidad le reconozca lo que corresponda de acuerdo a la regulación aplicable.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto del veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección Número Siete.

2 Folio 27, cuaderno 1.

3 Folio 26, cuaderno 1.

4 Folio 17, cuaderno 1.

5 Folio 6, cuaderno 1.

6 Folio 1, cuaderno 1.

7 Sentencia T-499 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en esa oportunidad, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta en nombre de una menor con síndrome de Down, quien requería un transplante de cadera y estaba en la lista de espera para el procedimiento hacía más de dos años. Mediante la acción de tutela se pretendía que se ordenara a la EPS darle prioridad al transplante de la menor teniendo en cuenta la protección especial que la Constitución le reconocía por ser menor con síndrome de Down. Esta Corporación no tuteló los derechos de la menor porque consideró que, en ese caso, las condiciones especiales de la tutelante no la ponían en una situación de desigualdad especial que ameritara un trato desigual respecto de las personas que tenían una mejor posición en la lista de espera.

8 Constitución Política de Colombia, artículo 44. “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.”

9 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 Sobre los derechos de protección ha dicho la Corte: “Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las

primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre a todas las personas. Para abordar esta cuestión es relevante el derecho internacional (art. 93, CP).” Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis).

11 Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

12 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-046 de 1999 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-117 de 1999 M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-093 de 2000 M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-153 de 2000 M. P. José Gregorio Hernández Galindo y T-819 de 2003 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

13 Sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

14 Sentencia T-037 de 2006, (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En esta sentencia la Corte Constitucional estudió una acción de tutela instaurada por la madre de una niña de siete años de edad, quien presentaba trastornos de aprendizaje, en contra de la EPS que le estaba negando un tratamiento ordenado por el médico tratante de la menor de terapia psicológica, ocupacional y de lenguaje, argumentando que dicho tratamiento no estaba incluido en el POS. En esa oportunidad, la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales de la menor y ordenó a la EPS la práctica de las terapias requeridas. Como fundamento de su decisión, la Corte consideró que el derecho a la salud de las personas menores de edad es fundamental y tiene carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás, afirmación que fue sustentada en los artículos 13 y 44 de la Constitución Política de

Colombia, y en los siguientes instrumentos internacionales: “(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce “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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que “[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”; (3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: “a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para “la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”; (4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado; (5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; (6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.” Esta sentencia ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-695 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

15 Ver sentencia T-799 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esa oportunidad la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta en nombre de un menor de edad con síndrome convulsivo, quien fue remitido a consulta médica especializada de neurología, pero la ARS le negó la autorización del servicio porque no estaba incluido en el POSS. La Corte tuteló el derecho a la salud del menor porque consideró que la obligación constitucional de brindar efectiva protección a los sujetos de especial protección hace que la exclusión de un tratamiento del plan obligatorio de salud no resulte una razón suficiente para negar su reconocimiento.

16 Constitución Política de Colombia, “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. // 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.” (...)

“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.”

17 Un antecedente importante de esta protección reforzada se encuentra en la sentencia T-179 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), en la cual se estudió el caso de un grupo de niños a quienes el ISS había suspendido los tratamientos para diversos tipos de discapacidades ya que el contrato con la entidad que venía realizando el tratamiento había terminado y no fue renovado. La Corte ordenó al ISS prestar tratamientos adecuados y especializados a cada uno de los niños. En dicha providencia se señaló en cuanto a la protección de los niños discapacitados: “(...) a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la

impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa (aprender a vestirse, a cuidarse, a caminar, a reconocer a los padres y su entorno).”. Esta jurisprudencia ha sido reiterada, entre otros, en los siguientes casos: T-134 de 2001 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-1158 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-225 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-706 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-801 de 2004 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-069 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-569 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-282 de 2006 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), T-518/06 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-201/07 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-1222 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

18 Ver Sentencia T-695 de 2007, (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), antes citada.

19 Ver Sentencia T-695 de 2007, (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), antes citada.

21 Sentencia T-1222 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

22 Ver folio 9, cuaderno 1.

23 Sentencia T-366 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo). En esa oportunidad, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta en contra de la EPS del Seguro Social, por una mujer que había presentado sangrado en los oídos, y a quien el especialista de la EPS había ordenado la práctica de unos exámenes médicos, los cuales, luego de haber transcurrido casi un año desde que se presentaron los síntomas, aún no había sido autorizados por la EPS. La Corte tuteló los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social de la tutelante, y ordenó a la EPS que practicara la totalidad de los exámenes requeridos.

24 MP. Juan Carlos Henao Pérez.

25 Folios 6 - 19, cuaderno No. 1.

26 Folios 6 y 7, cuaderno No. 1.

27 Folio 21, cuaderno No. 1.