



Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso

Sogamoso, cuatro (04) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

ACCIÓN : TUTELA.
ACCIONANTE : ROSA YAMILE PEÑA LÓPEZ
En representación de SARA NICOLE CONTRERAS PEÑA
ACCIONADOS : COMFAMILIAR HUILA E.P.S-S
RADICACIÓN : 157594003001-2019-0017-00

Se pronuncia el Despacho acerca de la Acción de Tutela formulada por la señora ROSA YAMILE PEÑA LÓPEZ en representación de su menor hija SARA NICOLE CONTRERAS PEÑA contra COMFAMILIAR HUILA E.P.S-S, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la Vida, Salud, Integridad Física, Dignidad Humana y Protección a la Niñez.

I.- LA DEMANDA.

Los hechos expuestos se pueden resumir de la siguiente manera:

Informa la accionante que se encuentra afiliada al régimen subsidiado, en calidad de beneficiaria a través de la Caja de Compensación Familiar el Huila "COMFAMILIAR HUILA, junto con su grupo familiar. Su hija SARA NICOLE nació el 14 de marzo del 2012 en Sogamoso, y a partir del 17 de mayo de 2014 comenzó a recibir servicios médicos en la misma E.P.S.

Expresa que desde junio de 2016 su hija comenzó a presentar cambios físicos consistentes en movimientos anormales de hemicuerpo izquierdo, especialmente en miembro inferior izquierdo, que le ocasionaban disminución de fuerza muscular y alteración al caminar, además presentó cambios comportamentales, dados por los episodios de agresividad, disminución de la capacidad de atención en sus actividades escolares, hecho que fue comunicado por la profesora que la tenía bajo su cuidado y formación educativa.

Manifiesta que solicitó cita médica el día 15 de junio de 2016 al observar los cambios que venía presentando en el estado de salud, para que fuera valorada por el médico general en la ESE SALUD SOGAMOSO.

La menor fue atendida por la Doctora Claudia Patricia Díaz Rodríguez, quien en su diagnóstico indicó que presentaba "*trastorno del desarrollo psicológico no especificado*" como diagnóstico relacionado presentaba "*problemas con el bajo rendimiento escolar*", siendo remitida al servicio de pediatría y psicología.

Afirma que ante la negligencia de la E.P.S y el avance de la enfermedad de su menor hija, se vio en la obligación de acudir a un médico particular, por lo que tuvo que sufragar todos los honorarios del especialista.

Apunta que el día 20 de junio de 2016 la menor fue valorada por la médico pediatra Dra. LUISA FERNANDA DÍAZ, quien al notar el estado de su hija, ordenó tomar de forma urgente una serie de exámenes, entre los que se encontraba una "Resonancia Magnética Cerebral" y un "Electroencefalograma" pues se estaba en la posibilidad de hallar un tumor cerebral y existía el riesgo que presentara una convulsión que la dejara en estado de coma, ante la urgencia de la situación acudió a Comfamiliar Huila, para realizar el trámite respectivo teniendo en cuenta su situación económica y la de su familia.

Indica que al no tener respuesta por parte de Comfamiliar Huila para autorizar la práctica de dichos exámenes, tuvo que acudir a sus propios recursos económicos y de su familia, para pagar los exámenes ordenados por el pediatra, los cuales ascendían al valor de quinientos setenta mil pesos. (\$570.000)

Informa que una vez se obtuvo el resultado de los exámenes y ante la urgencia de ser valorada con los resultados, tuvo que recurrir nuevamente en gastos para cubrir los honorarios de la Dra. Luisa Fernanda Díaz, médico pediatra para que su hija fuera valorada inmediatamente, ya que Comfamiliar Huila, nunca le asignó la cita con la especialidad de pediatría.

Una vez en consulta, fue diagnosticada la menor con "*atrofia frontal y cortical, edema nivel del ganglio derecho que afectaba el lóbulo temporal derecho*" y que podía corresponder a una "*ENCEFALITIS DE RASMUSSEN UNILATERAL DE ETIOLOGÍA AUTOINMUNE*", por lo que de inmediato se remite a la especialidad de Neuropediatría para su manejo y tratamiento integral

Siendo así las cosas, expresa que acudió ante la E.P.S Comfamiliar Huila, solicitando la autorización de la remisión a la especialidad de "neuropediatría", donde encontró la negligencia para remitir a la misma, no encontró ninguna colaboración por parte de la E.P.S, para que se diera trámite prioritario y así su hija pudiera ser valorada por ese especialista.

Indica que debido a que la salud de su hija seguía empeorando, debió retirarla de sus estudios, así mismo se vio en la obligación de pagar la consulta médica como particular, pues no encontró colaboración por parte de la E.P.S, para que la menor fuera atendida por "neuropediatría".

Dice que el día 12 de junio de 2016 fue valorada por la Dra. YASMIN SÁNCHEZ (Neuropediatra), en donde se encontró importantes anomalías en dichos resultados y por encontrar en regulares condiciones a la menor, además ya llevaba dos meses de evolución y debía tratarse inmediatamente e integralmente en una institución de salud, ya que necesitaba realizarse otros estudios que permitieran un diagnóstico definitivo y su respectivo tratamiento.

Señala que la menor fue remitida al HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, donde es hospitalizada e ingresada al servicio de pediatría el día 12 de julio de 2016, con un diagnóstico de "*ENCEFALITIS DE RASMUSSEN*", allí fue tratada con medicamentos, le

fue ordenado practicar nuevos exámenes de laboratorio y continuar en observación médica hasta nueva orden.

Expresa que continuo en el servicio de pediatría y el día 17 de julio de 2016, le fue ordenado practicar nueva "Resonancia Magnética Nuclear Cerebral con Contraste y Derivación el Sueño" y nuevos exámenes de sangre de control.

Después de tener todos los resultados, el diagnóstico fue "atrofia de lóbulos frontales a nivel cortical", por lo cual consideró iniciar manejo con 2° Inmunomodulador, es decir administrar (inmunoglobulina).

Reitera las complicaciones que ha tenido con la E.P.S frente a la entrega de medicamentos y la negativa a las autorizaciones para la atención de la menor paciente en centro médico de 3 y 4° nivel ante su constante deterioro de salud, sin obtener respuesta efectiva y acorde a los requerimientos médicos por parte de Comfamiliar Huila. De igual forma atención particular en el INSTITUTO ROOSEVELT

Más adelante indica que el día **29 de mayo de 2018** en valoración realizada por la Dra. YASMIN SÁNCHEZ, quien ordena suspender terapia inmunología por no presentar mejoría y continuaba convulsionando, ordena valoración prioritaria, **valoración por cirugía de epilepsia fase I – Fase V en institución de IV nivel y sugiere Hospital la Misericordia, San Ignacio o Instituto Roosevelt** por presentar antecedente de encefalitis de Rasmussen y epilepsia refractaria sin control clínico, presentando 14 episodios diarios a pesar de tratamiento farmacológico instaurado, por lo cual se presenta orden de cirugía a Comfamiliar Huila E.P.S para su trámite.

Informa que el día **21 de noviembre de 2018**, fue valorada por la Dra. EUGENIA TERESA ESPINOSA GARCÍA, en el INSTITUTO ROOSEVELT, el examen neurológico encontró que había empeorado con respecto al anterior, presenta mayor compromiso del hemisferio izquierdo, con diagnóstico de atrofia cerebral circunscrita (en estudio) y epilepsia refractaria, **requiere de forma prioritaria indicando como urgencia vital que la menor pase al programa de cirugía de epilepsia**, así mismo solicita evaluación por cirugía de epilepsia prioritaria urgente y se hace entrega de ordenes médicas que contienen paquete de cirugía de epilepsia fase I – Fase V en institución de nivel IV, las cuales fueron entregadas en Comfamiliar Huila E.P.S para su respectivo trámite.

Indica que desde el 29 de mayo de 2018, fecha en la que fue entregada la orden de cita prioritaria urgente para paquete de epilepsia fase I – fase V en institución de V nivel en Comfamiliar Huila, hasta la fecha no se ha dado trámite de remisión por parte de la entidad, para realizar dicha cirugía en una institución de IV nivel, a lo que le indicaron que tenía que esperar hasta los primeros días del mes de enero de 2019 cuando volvieran a abrir nuevos convenios con algunos hospitales de IV nivel.

Dado el estado de salud en el que se encuentra su menor hija, la realización de dicho procedimiento quirúrgico es una urgencia vital, pues se encuentra en delicado estado de salud, y está en riesgo su vida o puede sufrir graves secuelas.

Como pretensiones solicita le sean amparados los derechos fundamentales a su menor hija, teniendo en cuenta el deterioro que presenta en su estado de salud física y neurológica, por el tipo de patología que presenta, la cual requiere de forma inmediata **la realización de paquete de cirugía de epilepsia fase I – Fase V en institución de IV nivel**, así mismo se garantice el **tratamiento integral** que requiera para manejar su enfermedad que padece “síndrome de rasmussen y epilepsia refractaria” a fin de lograr un adecuado desarrollo de la menor. Como consecuencia de lo anterior **se autorice la cita prioritaria urgente para paquete de cirugía de epilepsia fase I – Fase V en institución de IV nivel**, y se dé la orden de remisión urgente. Se garantice tratamiento integral para su menor hija Sara Nicole Contreras Peña y se garantice el suministro de medicamentos completos según prescripción médica.

II. TRAMITE

La demanda de tutela fue radicada el día 24 de enero de dos mil diecinueve (2.019) (fl.184) y este Despacho a quien correspondió por reparto, en providencia de la misma fecha 19, avocó su conocimiento, decreto una medida cautelar preventiva en favor de la menor representada, dispuso la notificación de las partes, solicitó a la entidad accionada informar a este despacho sobre los hechos que motivaron la Acción de Tutela y se vinculó a la Secretaria de Salud del Departamento de Boyacá (fls. 186 a 187).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.1 COMFAMILIAR HUILA E.P.S. La Doctora HEYDY MAYID CAMPOS JIMÉNEZ en su condición de Coordinadora Jurídica informa (fls. 192 a 207):

Respecto a los hechos indica que la señora Rosa Yamile Peña López en representación de Sara Nicol Contreras Peña, formula la presente acción de tutela en contra de la E.P.S-S Comfamiliar, a través de la cual solicita puntualmente y de forma inmediata la realización de paquete de cirugía de Epilepsia Fase I – Fase V en institución de IV nivel de atención.

En cuanto a las pretensiones manifiesta que se opone a todas y cada una de ellas, toda vez que carecen de fundamento factico, jurídico y probatorio, que evidencia omisión por parte de la entidad.

Por lo que solicita absolver a la Caja de Compensación Familiar del Huila – Comfamiliar.

Como fundamentos expone que SARA NICOL CONTRERAS PEÑA, es usuaria activa en la base de datos de la EPS COMFAMILIAR y en tal calidad tiene derecho a los beneficios del POS-S que la entidad garantiza por intermedio de su red de prestadores de servicios.

Indica que de acuerdo al historial de servicios radicados y autorizados, la E.P.S ha garantizado con eficiencia, con calidad y oportunidad todas y cada una de las actividades, procedimientos, intervenciones y suministros que los médicos tratantes han dispuesto para tratar su patología.

Aclara que frente a las pretensiones de la usuaria, la E.P.S verificó en el sistema SGA y evidenció que el usuario contaba con algunas autorizaciones de algunos servicios médicos por lo que se procedió a programar y emitir autorización de servicios así:

En cuanto a la **cirugía de epilepsia fase I-fase V**, no se encuentra incluido en el plan de beneficios en salud – Resolución 5857 de 2018, por lo cual esta servicio debe ser tramitado por medio del Comité técnico Científico y para su aprobación es necesario que la solicitud cumpla con el requisito de soportes completos (orden médica, historia clínica y formato de justificación de procedimiento No Pos), expresa que la familiar de la usuaria no cuenta con el soporte de formato de justificación de procedimientos No Pos, porque la consulta fue por particular, por lo que proceden a autorizar con anexo 5325471 “consulta control o seguimiento por especialista en neurología pediátrica” emitida para la I.P.S instituto Roosevelt para el día 13 de marzo 2019, valoración para tramitar paquete epilepsia con los soportes pertinentes requeridos de acuerdo a la normatividad.

Pone de presente la improcedencia la presente acción, por hecho superado ya que la E.P.S no ha puesto en peligro inminente la vida del usuario.

Frente al tratamiento integral manifiesta que tampoco es procedente, ya que aquella petición carece de cualquier fundamento desde el momento que no existe ningún tipo de vulneración de sus derechos fundamentales.

Como excepciones propone el cumplimiento de la E.P.S de las obligaciones contenidas en la Ley 100 de 1993, hecho superado, improcedencia de la acción de tutela ante solicitudes de carácter económico, “bona fides”, improcedencia de la acción ante la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales y finalmente una excepción genérica.

Como petición solicita el correspondiente archivo por configurarse hecho superado, se declare la improcedencia de la tutela en cuestión por inexistencia de una conducta respecto a la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales y se desvincule del presente proceso.

3.2. SECRETARIA DE SALUD DE BOYACÁ. Guardó silencio.

Se decide previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Asunto a resolver

El Juzgado debe establecer si Comfamiliar Huila E.P.S – S y la Secretaria de Salud del Departamento vulneran los derechos fundamentales a la **Vida, Salud, Integridad Física, Dignidad Humana y Protección a la Niñez** de la menor SARA NICOLE CONTRERAS PEÑA, en tanto no se ha materializado ni agendado el procedimiento de “cirugía de epilepsia fase I - fase V en Institución de IV nivel” prescrito por su médico tratante para el manejo de la compleja patología.

4.2. La acción de tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la Acción de Tutela es un mecanismo subsidiario, preferente y sumario, que tiene por finalidad la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares, en los casos expresamente consagrados en la ley.

La misma norma en cita dispone que la Ley debe establecer los casos en los que la Acción de Tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio Público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada a: i) que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público; ii) que el particular afecte gravemente el interés colectivo y, iii) que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente al particular. En el mismo sentido, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, numeral 4º establece lo siguiente: "*Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos (...) 4º Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización*" Sentencia T-707/08, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Según el Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, esta acción es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, que en términos de la reiterada Jurisprudencia Constitucional deben ser idóneos, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; resulta improcedente cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto, e igualmente, cuando la violación del derecho ocasionó un daño consumado. La protección consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

4.3. Alcance de los derechos invocados.

Lo primero será señalar que el **derecho a la salud** dejó de ser un derecho fundamental por conexidad con la vida o dignidad humana, como fue otrora la tesis de la Corte Constitucional, para erigirse a través de los pronunciamientos de esa misma Corporación en un **derecho fundamental autónomo**, tal como fue definido en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, con ponencia del Magistrado, Doctor Manuel José Cepeda Espinosa en la que se precisó:

"La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud' (...) Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. [...] En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva..."

En esta sentencia la Corte puntualizó que se transgrede el derecho fundamental a la salud cuando se niega la prestación de servicio que se requieren con necesidad, aun cuando no están incluidos en el POS:

“2.1.1. ¿Desconoce el derecho a la salud una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios ordenados por el médico tratante, cuando no autoriza a una persona un servicio que *requiere* y no puede costearlo por sí misma, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud? La Sala, reiterando jurisprudencia constitucional aplicable, señalará que una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que *requiera*, únicamente invocando como razón para la negativa el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios (*ver apartado 4.4.3.*). **Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que *requiera con necesidad*, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica** (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él).

(...)

Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se *requieran* (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.

(...)

Ahora bien, en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que *requiera*, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un *irrespeto* el derecho a la salud

(...)

4.4.3.2. De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que *requiera*. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona *requiere* un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien *requiere* el servicio.

(...)

...Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”[198] En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se *requiera* [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] *con necesidad* [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,[199] como en el régimen subsidiado,[200] indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección,[201] a la enfermedad que padece la persona[202] o al tipo de servicio que ésta requiere.[203]”[204]

(...)

4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*. Cuando el servicio que *requiera* no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.[208]- destacados fuera de texto-

Destaca la Corte además que la prestación de los servicios debe ser **oportuna y eficiente**:

“Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.[287] Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de las personas con VIH o sometidas a tratamientos con antibióticos, donde el suministro oportuno de los medicamentos requeridos es indispensable no sólo para conservar el grado de salud de una persona, sino también para evitar su deterioro”- destacados fuera de texto-

En cuanto al derecho a la Dignidad Humana la Corte Constitucional en Sentencia T-171 de 2018 indico lo siguiente:

Dignidad humana como base de los derechos fundamentales

“3.1.5. Más adelante, en la sentencia T-227 de 2003, la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló:

“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”[23].

3.1.6. La Corte sostuvo en este pronunciamiento que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se pone la libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Por ello, los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales.[24]

3.1.7. Esta postura marcó un nuevo avance en la concepción de la salud, pues determinó que el elemento central que le da sentido al uso de la expresión *derechos fundamentales* es el concepto de dignidad humana, el cual está íntimamente ligado al concepto de salud. (...)

3.1.9. Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.

3.1.10. La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”[26].

3.1.11. En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona.[27]” Subraya fuera de texto

En lo que respecta a la protección especial y derecho a la salud de los niños y niñas, la corte ha reiterado en Sentencia T-362 de 2016

“Siguiendo con la línea de argumentación, es necesario hacer alusión a las múltiples formas de manifestación del derecho a la salud, dentro de las que encontramos el carácter fundamental que

tiene la continuidad en los tratamientos de salud y la protección que merecen los **sujetos que gozan de especial protección constitucional**[29], elemento este último que es pertinente para la solución del caso objeto de estudio, toda vez que uno de los accionantes dentro de los casos objeto de estudio es un niño de dos (2) años de edad que padece de una infección urinaria crónica y, requiere con urgencia valoración por medicina especializada en urología pediátrica, gastroenterología pediátrica y nefrología pediátrica. Así como la práctica de una ecografía de vías urinarias.

Al respecto, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha establecido que hay casos en los que la misma Constitución de 1991 es quien ha conferido una protección especial a ciertos grupos humanos que debido a sus condiciones particulares merecen una mayor protección por parte del Estado, **como es el caso de los niños**, de las personas que se encuentran en estado de indefensión, de quienes se encuentran en estado de debilidad manifiesta y de los grupos que han sido históricamente marginados, entre otros, para los cuales la protección de su derecho fundamental a la salud deviene reforzado.

La atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho.

De igual manera, es necesario tener en cuenta que el régimen constitucional de protección de la niñez se complementa con los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que sobre el particular han sido ratificados por Colombia, los cuales, según los términos del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno. En efecto, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

Igualmente, en lo atinente al derecho a la salud y a la seguridad social de los niños, la Constitución Política en su artículo 44 consagra sus derechos como **prevalentes** sobre los derechos de los demás, razón por la cual dadas las condiciones específicas de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran los menores de edad y el interés constitucional que existe en cuanto a su protección, integridad y adecuado desarrollo, se autoriza la defensa inmediata de sus derechos, frente a quien de alguna manera pueda vulnerarlos o ponerlos en peligro. [30]

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de *'fundamental'*, [31] debe ser protegido de forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea vulnerado. [32] Este postulado responde, además, a la obligación que se impone al Estado y a la sociedad de promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, CP). En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud. [33]

En lo concerniente al derecho a la salud de los niños y niñas, esta Corporación lo ha interpretado, teniendo en cuenta los tratados internacionales en la materia 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"*. [34]

Por otra parte es necesario resaltar que la Jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que los niños son sujetos de especial protección constitucional, debido a la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se ve sometida la población infantil, razón por la cual se busca garantizar la protección integral de sus derechos en aras de dar cumplimiento al principio constitucional del interés superior de niño. Al respecto en la sentencia T- 417 de 2007 señaló:

"...es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda." [35]

(...)

Siguiendo con la misma línea argumentativa, en Sentencia T-133 de 2013 [36], reiteró que el derecho a la salud de los niños y niñas prevalecen en caso de que se presenten conflictos de intereses puesto que por encontrarse en condición de debilidad manifiesta merecen mayor protección.

"(...) los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación"

inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías Superiores. Los menores de edad requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 Superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas”.

Posteriormente, en Sentencia T-200 de 2014[37], se resaltó:

La jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor. El principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3.1), al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por último, tal y como se señaló en el acápite anterior, mediante Ley 1751 de 2015, se reguló el derecho fundamental a la salud. Otro de los principios que incluyó la misma fue el de *prevalencia de los derechos*. En esta medida, conforme a lo establecido en el literal f) del artículo 6 de la citada ley, le compete al Estado “*implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años*”.

Por tanto, en lo concerniente a menores de edad, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos que por su temprana edad y situación de indefensión requieren de especial protección. Por esta razón, a partir de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política[38], la jurisprudencia constitucional ha establecido que, como respuesta a su naturaleza prevalente[39], en lo que atañe al examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud, la Corte ha concluido que su análisis debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos[40].

En resumen, de lo manifestado con anterioridad se puede concluir que tanto esta Corporación como la Legislación colombiana han sido enfáticos acerca del trato preferente que tienen los derechos de los menores frente a otros derechos, razón por la cual en los casos en que se encuentra de por medio la salud de un niño, sin importar la edad que tenga, tiene derecho a recibir una atención preferente, integral, adecuada y proporcional a su diagnóstico médico, esto por el sólo hecho de ser un menor de edad. De igual manera, para el Estado deben prevalecer los derechos fundamentales de los niños, debido a su condición de vulnerabilidad física y mental; así mismo cuando la acción de tutela va encaminada a defender el derecho fundamental”

4.4. Decisión Caso.

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, no cabe duda que la menor SARA NICOLE CONTRERAS PEÑA presenta un diagnóstico de “**epilepsia refractaria y síndrome de Rassmusen**” (f. 179 vto), como consecuencia de ello, los médicos tratantes en primer lugar YASMIN SANCHEZ GOMEZ (neuróloga pediatra) y EUGENIA TERESA ESPINOSA GARCÍA (neuróloga pediatra) adscrita a la I.P.S Instituto Roosevelt han ordenado en sendas atenciones de **29 de mayo de 2018** (f. 177-178) y **21 de noviembre de 2018** (f. 179 y 180), la realización de “**paquete de cirugía de epilepsia FASE I- FASE V en Institución de IV nivel**”, señalando la última profesional adicionalmente la necesidad de una *cita de control prioritario* por servicio de neurología en 1 mes y explicando: “*Es requerimiento prioritario, es una urgencia vital que la paciente pase al programa de corrigia de epilepsia*” ello por el documentado riesgo de falla respiratoria o muerte de la menor.

En este escenario resulta claro para el Juzgado que las afecciones que presenta la menor no solo comprometen su estado de salud, sino que imprimen deterioro gradual y paulatino a su calidad de vida, así se observa en las pruebas y en los conceptos médicos aportados que datan desde junio de 2016, del cual es notable el menoscabo de su condición, el aumento de la gravedad y frecuencia de las crisis convulsivas. Por ello el restablecimiento de las condiciones de salud o la obtención de unas mejores condiciones de vida dependen del acceso a los servicios y valoraciones de los especialistas pediatras en oportunidad, que en este caso ha obstaculizado la E.P.S demandada.

Se recalca en este sentido que la Corte Constitucional en Sentencia T-057 de 2013 puntualizó que el derecho a la salud debe darse sin barreras y de manera integral, continua y oportuna:

“Ahora bien, como se indicó con anterioridad como parte esencial del derecho a la salud, el acceso a los servicios debe darse sin barreras y de manera integral, continua y oportuna, razón por la cual toda persona tiene el derecho de acceder a los que requiera con necesidad, es decir, que sean ordenados por el médico tratante quien es el indicado para ejercer una valoración científica y objetiva de lo que el paciente demande. Por lo tanto, cualquier obstáculo que impida la prestación del servicio en dichas condiciones, configura un irrespeto y menoscabo en su acceso.” subraya fuera de texto.

De esta manera entonces, lógico es concluir que los usuarios o pacientes no deben soportar trámites burocráticos que impidan el acceso a la oferta de servicios asistenciales a que está obligada la entidad de aseguramiento en salud.

Al hilo de lo enunciado, resulta innegable que se vulnera el derecho a la salud **si se niega, omite o retarda** el derecho del paciente – sujeto de especial protección constitucional - a acceder a servicios médicos prescritos como los que requiere la menor representada para que se trate y cure su patología, ya que la demora ha afectado su calidad de vida y desmejorado su estado de salud.

En este contexto es necesario destacar el desinterés de la **E.P.S COMFAMILIAR HUILA** por exponer ante este Despacho las causas por las cuales se ha dilatado el tratamiento y las razones por las cuales a la menor SARA NICOLE CONTRERAS PEÑA no se le han materializado los servicios médicos que han sido ordenados desde **mayo de 2018**, impidiendo con esto el acceso a los servicios de salud, lo que se traduce en la prueba de negligencia, desorganización y descuido de la E.P.S. por garantizar la prestación del servicio de salud con calidad, eficacia y oportunidad, ya que el prestación sobreviene de la necesidad del tratamiento de la enfermedad que afecta al representando, y la apatía de la entidad quebranta sus derechos fundamentales al poner en riesgo su vida, así como un posible avance de la complicación. En tal sentido la Corte Constitucional en Sentencia T-227 de 2001 ha expresado:

“quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto u omisión alguna que pueda comprometer la continuidad y eficiencia del servicio y, en consecuencia, comprometa o pueda llegar a agravar la patología de los beneficiarios.”

(...) **que el simple retardo injustificado** en el suministro de medicamentos o insumos médicos, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente.” Negrilla fuera de texto

En su defensa la parte demandada señala que el servicio no está incluido en el plan de beneficios y adicionalmente que no se ha pasado la solicitud por Comité Técnico-Científico. Al respecto dirá el Juzgado que tales argumentaciones no son plausibles para negarse a prestar la atención médica que se requiere con necesidad.

En primer término y tal como viene de verse, el derecho fundamental a la salud prevalece sobre la ausencia de reglamentación o inclusión en el plan de beneficios, lógicamente sin perjuicio de la facultad de recobro al ESTADO, máxime cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional. En ese sentido tiene dicho la Corte Constitucional (T-056 de 2015):

“El derecho fundamental a la salud ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.” Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que “responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.”

“El núcleo esencial del derecho a la salud obliga a resguardar la existencia física del ser humano, y se extiende a los ámbitos psíquicos y afectivos de la persona, la necesidad de garantizar éste derecho y atender al principio de dignidad humana ha llevado a sostener que “[e]l ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal”.

*“Lo anterior por cuanto la garantía del derecho fundamental a la salud está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. De allí que la jurisprudencia constitucional ha indicado que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, **que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud.** Al respecto esta Corte indicó:*

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema.”

“Por lo anterior, la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ven afectadas por razones de salud las condiciones de vida digna del paciente, en tanto el derecho a la salud comporta el goce de distintos derechos que deben ser garantizados por el Estado”.

“En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan”. (…).

“En efecto, el artículo 13 de la Constitución atribuyó al Estado la obligación de promover las condiciones “para que la igualdad sea real y efectiva”, por lo cual le corresponde adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”. Ese principio constitucional presupone un mandato de especial protección en favor de “aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”.

“En dicho contexto, la norma superior señaló algunos sujetos que por su condición de vulnerabilidad merecen la especial protección del Estado, como los niños (Art. 44), las madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (Art. 47), y las personas que padezcan enfermedades catastróficas, y a quienes es un imperativo prestarles la atención especializada e integral que requieran, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud – POS”.

Nótese que por el estado de salud y edad de la paciente requiere que se le garanticen los servicios como ya se ha dicho de manera oportuna y eficiente, por cuanto el derecho a la salud no está restringido a las prestaciones incluidas en los planes obligatorios, ya que un obrar diferente vulnera y afecta los derechos fundamentales, sumado a ello, la praxis resulta necesaria para conservar su **calidad de vida** en condiciones de dignidad, en el POS no se cuenta con un elemento sustitutivo y además fueron prescritos por su médico tratante que claramente es el profesional indicado para determinar dicha necesidad (fls. 181 y 182).

Sobre el particular en Sentencia **T-760 de 2008** la Corte Constitucional sintetizó las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras asegurar que la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud se compagine con las obligaciones que corresponden al Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud de sus asociados, sujetos al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La falta del medicamento o el procedimiento excluido debe amenazar los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;
- Debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;
- El servicio debe haber sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo;
- Se requiere que el paciente realmente no pueda sufragar directamente el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema.” Subraya fuera de texto.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, para ordenar procedimientos similares al prescrito para la menor SARA NICOL. Así en sentencia T-535 de 2007, indicó:

“Una vez más esta Sala de Revisión resalta que en el caso objeto de revisión están en juego los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, y la Constitución Política consagra un régimen de protección especial para éstos. Adicionalmente, esta Corte en aplicación de ese régimen especial ha reiterado que tratándose de éstos, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales.

Ante esto, cabe concluir entonces, que los tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, deben ser asumidos por la Entidad Promotora de Salud respectiva, si es que el paciente es un sujeto de especial protección constitucional, se encuentra en una situación de urgencia y sus derechos fundamentales se vulneran por la renuencia de su práctica. Entonces, como en éste caso es procedente la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales del señor Daniel Andrés Durango Martínez el estudio de los requisitos jurisprudenciales para que proceda la acción de tutela para ordenar el suministro o práctica de procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud deviene improcedente.

También debe resaltarse que la obligación que vincula a las Entidades Promotoras de Salud con el sujeto de especial protección constitucional, no se extingue con las prestaciones definidas legal y reglamentariamente. Esto por cuanto la obligación constitucional de brindar efectiva protección a estos sujetos, hace que la exclusión de un tratamiento, procedimiento o medicamento del Plan Obligatorio de Salud no resulta una razón constitucionalmente admisible para negar su prestación. Ahora, si bien es cierto que su práctica está en principio autorizada por la estipulación contractual, no lo es menos que, si éste se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten preservar el equilibrio contractual de tal manera que si el servicio se presta, las Entidades Promotora de Salud pueden acudir al recobro frente al Estado por el monto de su costo.

Finalmente, esta Sala de Revisión concluye que la negativa de SALUDCOOP EPS de ordenar la practica del **procedimiento denominado protocolo de cirugía de epilepsia prescrito por el médico tratante** y avalado por la junta de decisiones, vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Daniel Andrés Durango Martínez. En consecuencia, y en virtud de los argumentos expuestos, se revocará la decisión proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena.- se destaca-

En cuanto concierne al concepto previo del comité técnico científico es claro que su realización tampoco puede ser valladar para negarse a la prestación del procedimiento. En ese aspecto la Corte indica (T-840 de 2011):

“El Comité Técnico Científico es un órgano administrativo de la E.P.S. encargado de asegurar que las actuaciones y procedimientos de la entidad se adecuen a las formas preestablecidas y de garantizar el goce efectivo del servicio de salud de los afiliados.

La Resolución 5061 de 1997 del Ministerio de Salud, en los artículos 1º y 2º, manifiesta que los Comités Técnicos Científico son instancias administrativas de las E.P.S., conformadas por un representante de la misma, un representante de la I.P.S. y, un representante de los usuarios, de quienes al menos uno debe ser médico, y cuya función es: “(...) atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud”.¹¹⁷¹

En relación con la función de estos comités frente a la autorización de medicamentos no POS la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que **el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito para el suministro de los mismos.** En sentencia T-1063 de 2005 esta Corporación señaló lo siguiente:

“cuando un médico tratante de una EPS formula a uno de sus pacientes un medicamento no previsto en el POS, de conformidad con el artículo 8º del Acuerdo 228 de 2002 del CNSSS “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, la EPS podrá autorizarlo previa aprobación por su comité técnico-científico.

Con fundamento en la naturaleza administrativa de estos comités, y dada su composición - puesto que no todos sus miembros son médicos - y relación de dependencia respecto de las EPS, esta Corporación ha precisado que **(i) que su concepto no es indispensable para que el medicamento requerido por un usuario le sea otorgado, y que, en consecuencia, (ii) no pueden considerarse como una instancia más entre los usuarios y las EPS.**

Sobra aclarar que estos comités sólo emiten conceptos en relación con la provisión de medicamentos no incluidos en el POS, y no sobre otros servicios también excluidos.”

Por su parte la Sentencia T-324 de 2008, dijo:

“no es dable al Juez de tutela negar la protección respecto de los derechos fundamentales reclamados basándose en que el accionante no agotó el trámite administrativo (consultar al Comité Técnico Científico) con el fin de obtener la autorización de la entrega de medicamentos excluidos del POS, tal razón no será atendida por la Corte para negar la tutela”

Para esta Corporación el concepto del Comité Técnico Científico no es un requisito indispensable para que el medicamento o procedimiento requerido por un afiliado en instancia de tutela sea reconocido.

Ahora bien, la razón por la cual para esta Corte el concepto del Comité Técnico Científico no puede convertirse en una instancia más entre los usuarios y las EPS se encuentra en la misma naturaleza administrativa de dicha Junta. Efectivamente, el hecho de que su composición no sea en su totalidad de profesionales de la salud, sino que se exija que tan sólo uno de sus miembros sea médico, demuestra que **el Comité Técnico Científico no es, en estricto sentido, un órgano de carácter técnico, ni un Tribunal Profesional interno de la EPS sino un ente de carácter administrativo, cuya función primordial es asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos se adecuen a las formas preestablecidas y garantizar el goce efectivo del servicio a la salud. Por ello, de ninguna manera puede ponerse en sus manos la decisión de la protección de los derechos fundamentales de las personas ni constituirse en otro mecanismo de defensa para los afiliados. (...) – se destaca-**

Criterio reiterado en sentencia T-054 de 2014:

“Ahora bien, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en manifestar que el concepto de Comité Técnico Científico, no puede convertirse en una instancia más entre los usuarios y las Entidades Promotoras de Salud. Máxime cuando “*el tiempo de espera fijado por la normativa resulta entonces desproporcionado frente a la necesidad de garantizar el goce efectivo y oportuno del derecho [fundamental] a la salud*”

De conformidad con la regulación vigente, por regla general en el régimen subsidiado, los medicamentos y procedimientos no contemplados en el Plan de Beneficios, deben ser asumidos por las entidades territoriales con cargo a los recursos del régimen de transferencias y los subsidios a la

oferta, recursos que deben ser administrados por las Secretarías Departamentales de Salud, para hacer efectiva la prestación de los servicios solicitados por los afiliados. Sin embargo la Corte aclaró que **de manera excepcional las Entidades Promotoras de Salud deben prestar el servicio excluido del P.O.S, con cargo a sus recursos, no solamente cuando el servicio de salud sea urgente sino también cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, sin perjuicio de que posteriormente solicite el recobro de los insumos o tratamientos ante el Fondo de Solidaridad y Garantías.**

En fin, muchas veces el acatamiento estricto del Plan de Beneficios conlleva a la vulneración de derechos fundamentales, tales como, el derecho a la vida digna y a la integridad personal. Razón suficiente, por la cual esta Corporación ha obligado a las Entidades Promotoras de Salud a suministrar los servicios que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios, sin que se tenga que recurrir a trámites administrativos engorrosos, que no deben soportar. Por consiguiente la Corte creó una serie de condiciones o subreglas que permiten, de una u otra forma, evidenciar en qué casos o bajo qué criterios, se puede inaplicar el Plan de Beneficios.”

Bajo las anteriores consideraciones la EPS no puede limitar, negar o entorpecer el procedimiento quirúrgico que necesita la menor SARA NICOL CONTRERAS PEÑA para obtener una mejoría en sus condiciones de salud; procedimiento que debe brindar COMFAMILIAR este o no incluido en el POS y haya o no sesionado el COMITÉ TECNICO CIENTIFICO, toda vez que la usuaria es un sujeto de especial vulnerabilidad y está suficientemente acreditado que el cuadro clínico que cursa es de alta complejidad y le ocasiona importante afectación poniendo en latente riesgo su vida y dignidad.

En la misma senda tampoco puede oponer la EPS que la orden médica provenga de profesionales adscritos a su red, así lo expreso la Corte Constitucional en sentencia T-454 de 2014:

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional reiterada, un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el POS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que es la *“persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente”*. También se ha sostenido que si bien el criterio principal para definir cuáles servicios requiere un paciente es el del médico tratante adscrito a la EPS, éste no es exclusivo, en tanto el **concepto de un médico particular puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva.**

Debe señalarse, en consecuencia que, para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado. Como se ha dicho, esta es una elemental obligación de los usuarios del sistema, que tiende a asegurar su operatividad, que se vería gravemente alterada, si las personas pudiesen optar libremente por dirigirse a médicos que no se encuentren adscritos a la entidad responsable de atender sus requerimientos de salud.

Concretamente, en la sentencia T-760 de 2008, se puntualizó los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante a la EPS. En síntesis, la providencia dejó en claro que el concepto de un médico particular obliga si:

- a. **La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.**
- b. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.
- c. **El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.**
- d. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como *“tratante”*, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

En tales casos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tal resultado puede ser derivado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.

8. Así, la Corte ha determinado que se viola el derecho a la salud cuando se niega un servicio médico sólo bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, a pesar de que:

- a. Existe un concepto de un médico particular.
- b. Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud.

c. La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo.”- se destaca-

Esto último, tiene particular importancia porque a pesar de que dos médicos dieron atención particular a la menor, coincidiendo en el procedimiento indicado y necesario para el manejo de la epilepsia que padece, la EPS no ha descartado científicamente que aquella no sea idónea o útil para tratarla, simplemente desestima el criterio médico por la no pertenencia a su red.

Pese a ello, paradójicamente considera que se presenta hecho superado en este asunto porque autorizó la cita de control con neuro-pediatría para el INSTITUTO ROOSEVELT que habría dispuesto la doctora EUGENIA TERESA ESPINOSA en la atención de 21 de noviembre de 2018 y en virtud de ello desestima la autorización del procedimiento.

Dos cosas se dirán sobre esta autorización visible a folio 202, la primera es que en su texto la EPS indicó que **no** era prioritaria, torpedeando la debida atención que debe dispensarse a la menor, ya que al contrario de la gestión administrativa, la orden médica de 21 de noviembre de 2018, señala específicamente que las atenciones de la menor son **prioritarias** y en rango de **urgencia vital** (f. 179), luego entonces su asignación tardía para el 13 de marzo de 2019, es obra y consecuencia directa de la desidia de la EPS.

La segunda observación, radica en que la anterior actuación lejos está de configurar un hecho superado, pues este solo podría tener cabida cuando las ordenes de cirugía y valoración hubiesen sido autorizadas y como viene de verse ello no ha ocurrido idóneamente con la cita de control y es inexistente en cuanto a la realización del *paquete de cirugía de epilepsia fase I-fase V* que está evadiendo autorizar deliberadamente, cuando hoy día que si brinda la atención en institución de IV nivel a través del Instituto Roosevelt, desconoce la orden previa de la neuro-pediatra en ese sentido.

En suma la EPS COMFAMILIAR pretende omitir u obviar la cirugía ordenada el reciente 21 de noviembre de 2018, con la autorización de la cita de control, la que si bien tiene vínculo con la cirugía no tiene la virtud de desaparecer la prescripción de aquella y en tal virtud deberá materializarse salvo que los médicos tratantes de SARA NICOL determinen que ya no la requiere o que necesite un procedimiento o tratamiento diverso; el que desde luego debe ser suministrado.

De otra parte y aun cuando la EPS no elevó una petición específica de recobro, el Juzgado señalara que aun cuando COMFAMILIAR quedará directamente vinculada a la prestación de ser servicios médicos que se ordenen a SARA NICOL CONTRERAS, estén o no incluidos en el POS, dada la urgencia de la condiciones, necesidad de atención y condición de sujeto de especial protección constitucional de la demandante, ello no impedirá que de acuerdo con las regulaciones del caso (Decreto 1479/2015 y cc), obtenga si a ello hay lugar el recobro de los servicios que preste y estén excluidos del POS`S aspecto en el cual deberá agotar los procedimientos correspondientes con la SECRETARIA TERRITORIAL; entidad frente a la cual, valga decirlo no se ordenara que observe o ejecute acción alguna ya que no se aprecia que haya omitido, violado o

retardado obligaciones a su cargo, máxime cuando la atención por las especiales condiciones del caso le compete a COMFAMILIAR.

Finalmente, en tanto a la solicitud del tratamiento integral que se requiere para la recuperación o tratamiento solicitado por el accionante para tratar la afección de la menor agenciada, es decir, que se autorice y proporcione todo medicamento, examen, tratamiento, remisión y cita con especialistas que necesite; al respecto, atendiendo al principio de **integralidad en la atención y el servicio**, es claro que la E.P.S COMFAMILIAR HUILA está en el deber de garantizar de forma oportuna, eficiente y con calidad todos aquellos tratamientos, insumos, exámenes, terapias y demás servicios médicos, clínicos o conexos (gastos de alojamiento y transporte de acompañante fuera de esta ciudad, cuando ello sea procedente¹) que la menor SARA NICOLE CONTRERAS PELA requiera para tratar las afecciones que padece relacionadas con la enfermedad por **"epilepsia refractaria y síndrome de Rasmussen"**.

Respecto a la atención integral, en salud, la Corte Constitucional ha explicado el alcance de dicho concepto en los siguientes términos²:

"En el mismo sentido, se encuentra el principio de integralidad^[36], entendido como el deber que tienen las EPS de otorgar los servicios, procedimientos, tratamientos, medicamentos y seguimiento necesarios para mejorar el estado de salud de los usuarios del sistema, respetando los límites que regulan las prestaciones de salud^[37]. Al respecto, esta corporación en sentencia T-760 de 2008 manifestó:

"El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

*Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales^[38] y se refiere a la atención y el **tratamiento completo** a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.*

Al respecto ha dicho la Corte que '(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente^[39] o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud' ^[40]." (Negrilla fuera de texto original)

Cabe resaltar que este principio no implica que el paciente pueda solicitar que se le presten todos los servicios de salud que desee. Quien tiene la capacidad de definir cuáles procedimientos o medicamentos son requeridos por el usuario es el médico tratante adscrito a la EPS. Tampoco se da por cumplido con la aplicación de un tratamiento médico meramente paliativo, sino solamente con la suma de todos los servicios requeridos para que el diagnóstico evolucione favorablemente.

¹En relación con este tema puede consultarse entre otras la sentencia T-679 de 2013 y T-671 de 2013: "De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, determinó que "toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida", en ese orden de ideas "es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS." Lo anterior encuentra fundamento en la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad. De conformidad con lo expuesto, se advierte que el transporte es un servicio cubierto por el POS que, pese a no contar con una naturaleza médica, constituye un medio para garantizar el acceso al tratamiento que requiera la persona. (...) En el mismo sentido, el alto tribunal indicó tres situaciones en las que procede el amparo constitucional en relación con la financiación de un acompañante del paciente^[20], como se lee: "(i) que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) que requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado".- se destaca-

² Sentencia T-206 de 2013

Así las cosas, colige la Corte que el principio de integralidad funge como complemento a la normatividad vigente para que la persona reciba una atención de calidad y completa, confinada a mejorar su condición y su estado de salud^[41]. Los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido de que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad, en conclusión “*el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud*”^[42].

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala concluye que la fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Con base en ello, está constitucionalmente prohibido, salvo las excepciones previstas en la sentencia C-800 de 2003, que una entidad abandone el tratamiento al que se somete a una persona, su evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad”

Reiteró lo expuesto en sentencia T-671 de 2013, al precisar³:

“...este alto tribunal ha desarrollado dos perspectivas del principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud. Una referente a las dimensiones que tienen las personas en materia de salud, preventiva, educativa, informativa, fisiológica, psicológica, entre otras[9]. Y la segunda relativa a la necesidad de proteger dicho derecho de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de forma 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[10]. Por lo tanto, el derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS); sino también su acceso oportuno, eficiente y de calidad.

La prestación del servicio en salud es *oportuna* cuando el paciente recibe la atención en el momento adecuado, a fin de que recupere su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, el servicio en salud *eseficiente* cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no son una excusa para dilatar la protección del derecho a la salud[11]. Así mismo, el servicio público de salud se reputa de *calidad* cuando las prestaciones en salud requeridas por el afiliado o beneficiario contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del enfermo[12].- subrayas no originales-

Lo anterior desde luego no riñe con la razonabilidad y con la necesidad de que los tratamientos sean **previamente ordenados por el médico tratante y solicitados por el usuario a la entidad de aseguramiento en salud**, de tal suerte que la eventual queja que en punto de dicha atención integral se presente no sea dirigida directamente al juez de tutela, pues como lo tiene dicho la Corte no es posible examinar violación constitucional al derecho a la salud, si no ha existido denegación del mismo. En torno a la improcedencia de esta práctica, la Corte Constitucional, en sentencia T-900 de 2002, indicó:

“Tal como se advirtió, las presentes acciones de tutela, según obra en los expedientes, fueron presentadas directamente al juez constitucional, **sin que exista prueba de que se requirió previamente a cada entidad la prestación del servicio y que ésta se hubiera negado a hacerlo**. En general, se observa que los actores parten del supuesto de que serán negadas sus solicitudes y, al parecer, estiman que el camino más fácil para obtener lo pretendido consiste en acudir a la acción de tutela.

Resulta a todas luces inadecuada esta práctica porque, sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una enfermedad en algún miembro de la familia, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, en suministrar lo pretendido por el paciente, pues, si no existe la negativa o la omisión de la prestación del servicio de salud, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.

Por ello, no obstante que en casos como los que se estudian, se está ante la premura en la protección de derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, el hecho de que no se haya requerido previamente a la entidad prestadora de salud, salvo casos verdaderamente excepcionales, impide que la acción de tutela proceda, puesto que ella está consagrada para “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos

³ T-671 de 2013

resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” (art. 86 de la Carta)

En otras palabras, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental... -destacados fuera de texto-

En razón de lo expuesto el Juzgado para amparar los derechos fundamentales de la menor accionante considera que son idóneas para ese propósito las determinaciones adoptadas como medida cautelar en auto de 24 de enero de 2019, de modo que se modificara su carácter cautelar o temporal por la de una orden definitiva de acatar lo allí indicado. Adicionalmente se ordenara agilizar la cita de control con neuropediatría

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **TUTELAR** los derechos Constitucionales fundamentales a la VIDA, SALUD, INTEGRIDAD FÍSICA, DIGNIDAD HUMANA y PROTECCIÓN A LA NIÑEZ de la Representada menor SARA NICOLE CONTRERAS PEÑA identificada con R.C. N° 1.057.983.441, quien actúa a través de la señora ROSA YAMILE PEÑA LÓPEZ en calidad de madre, vulnerados por la **E.P.S COMFAMILIAR HUILA** por la omisión en GARANTIZAR el acceso oportuno a las prestaciones médicas que requiere, y que fuesen ordenados por su médico tratante.
2. **Como medida de amparo se ordena** a la E.P.S COMFAMILIAR HUILA a través de su Coordinadora Jurídica Doctora HEYDY MAYID CAMPOS JIMÉNEZ o quien haga sus veces, a ejecutar las siguientes ordenes:
 - 2.1. En el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, materialice la orden en favor de la menor SARA NICOLE CONTRERAS PEÑA identificada con R.C. N° 1.057.983.441 para la práctica del *“paquete de cirugía de epilepsia fase I fase V en institución de IV nivel – cirugía de epilepsia”* ordenados por su médico tratante.

Se previene a la EPS COMFAMILIAR HUILA que bajo ningún aspecto podrá oponer trámite administrativo o contractual para negar la autorización del servicio; **en el evento de no tener contratado el servicio, deberá en un término adicional de dos días, proceder a efectuar la contratación que garantice la atención de SARA NICOLE CONTRERAS.**
 - 2.2. La EPS deberá dar **curso prioritario y urgente** a la cita *“control o seguimiento por especialista en neurología pediátrica”* agendada para el 19 de marzo de 2019, a efecto de que se realice de **forma anticipada** y en un lapso no mayor a 8 días calendario, dado que fue ordenada para un mes y como prioritaria en el mes de noviembre de 2018.

- 2.3. Garantizar a la menor SARA NICOLE CONTRERAS PEÑA teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional, **atención integral** para tratar la "***epilepsia refractaria y síndrome de Rassmussen***" que padece, con el propósito de que recupere su salud o el nivel más cercano posible, para lo cual estará obligada a autorizar y/o suministrar todos los cuidados, medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes diagnósticos y de seguimiento, citas de control, insumos; servicios conexos como los de alojamiento y transporte de acompañante fuera de esta municipalidad y todo componente que necesariamente sea **ordenado por el médico tratante**, con el propósito de que lleva una vida digna, recupere su salud o el nivel más cercano posible. Lo anterior sin perjuicio del derecho al recobro y/o repetición a que haya lugar ante la entidad que corresponda si es del caso, conforme a la regulación vigente.
3. **Desvincular** a la Secretaria de Salud de Boyacá, conforme a lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.
4. **COMFAMILIAR HUILA EPS-S** a través de su Coordinadora Jurídica o quien haga sus veces en el término en mención, deberá acreditar ante este Despacho y por escrito el cumplimiento a las ordenes emitidas en el presente fallo. (Art. 27 Decreto 2591 de 1991).
5. **Notifíquese** este fallo a las partes por el medio más rápido y eficaz de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
6. Si esta sentencia no es impugnada dentro del término de tres días, contados a partir de su notificación, **ENVÍESE** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase


FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA
JUEZ