

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

San Andrés Isla, catorce (14) de Noviembre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

REFERENCIA	: EXP. No. 88-001-23-33-000-2014-00066-00
CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE TUTELA 1ª INSTANCIA
ACCIONANTE	: MARIA EUGENIA DUKE BISCAINO
ACCIONADOS	: POLICÍA NACIONAL Y OTRO

1. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.

Procede la Sala a resolver la ACCION DE TUTELA, instaurada por MARIA EUGENIA DUKE BISCAINO en nombre de la menor HAYSHUA NORA ARCHBOLD BARKER, contra de la POLICÍA NACIONAL y donde se vinculó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM, con el fin de que se le protejan los derechos fundamentales a la vida, a los niños, a la salud con base en los siguientes:

2. ANTECEDENTES

Hechos:

La accionante afirma, que el 28 de julio del año 2012 siendo las 12: 30 del mediodía, la joven CINDY MICHELL CABEZA RODRIGUEZ venía transportándose en una motocicleta, llevando como pasajera a la menor HAYSHUA NORA ARCHBOLD BARKER, y cuando se desplazaban por la loma que baja del sector del Barack, venían dos (2) Agentes de Policía, JEISON FERNANDO LEGUIZAMO DIAZ y MARCO ANTONIO GARCÍA HERNÁNDEZ, utilizando el mismo medio de transporte, se salieron de su carril y colisionaron contra ellas.

Que como consecuencia de dicho accidente, la menor sufrió unas lesiones, por las cuales acudió a Medicina Legal para ser valorada; en efecto, el Instituto Nacional de Medicina legal, Unidad Básica de San Andrés Isla, mediante informe médico legal de lesiones no fatales, dictaminó que las lesiones sufridas, fueron producidas por accidente de tránsito, y determinó una incapacidad médico legal provisional de 60 días; sin embargo, el 5 de noviembre de 2013 fue valorada nuevamente por dicho instituto, que le estableció una incapacidad legal de 60 días definitiva, con perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter transitorio, y asimismo, sentenció que para la resolución de la secuela, la menor necesita la realización de un procedimiento quirúrgico y Manejo fisioterapéutico posterior a la cirugía.

Agrega que, al ser valorada por el especialista en Ortopedia y Traumatología, se ordenó su remisión a cirugía artroscópica por lesión del ligamento cruzado posterior, riesgo de infección, inestabilidad ruptura-electivo.

Manifiesta, que cada día agrava la salud de la menor, debido al dolor y adormecimiento en su extremidad, que muchas veces limita su locomoción, por cuanto se le paraliza y no le responde, situación que ha repercutido en su estado psicológico presentando depresión ante la necesidad del tratamiento especializado, al que no se puede acceder en este Departamento y por no poseer los medios económicos para sufragarlos fuera de la Isla.

Afirma, que se celebró audiencia de Conciliación Prejudicial con la Policía Nacional en cabeza de los dos patrulleros, JEISON FERNANDO LEGUIZAMO DIAZ y MARCO ANTONIO GARCÍA HERNÁNDEZ, donde llegan a un acuerdo conciliatorio respecto de responder por los gastos médico y de curación a que haya lugar por motivo del accidente

Pretensiones de la Accionante.

Con base en las premisas anotadas, solicita el accionante:

"1. Que se protejan el derecho fundamental a los niños y por conexidad o eventualmente la salud, que por mandado constitucional (Art 44-49 C.P.) le asiste a la señora María Eugenia Duke Biscaino, abuela y representación de la menor Hayshua Archbold Barker, persona vulnerable hallada e circunstancias de debilidad manifiesta, violados por el ministerio de defensa nacional, Policía Nacional Colombiana Departamental de San Andrés Islas, dado que la menor fue víctima de un accidente de tránsito por dos agentes de policía en servicio, para lo cual la menor se encuentra con una gran afectación a su salud, para lo cual padece de diagnóstico médico de conformidad con el Dr. Hugo Alberto Arocha, Doctora especialista en Ortopedia y Traumatología, en el cual manifiesta la paciente presenta un antecedente de accidente de accidente de moto que le condiciona dolor en la rodilla izquierda con sensación de inestabilidad, al examen se encuentra cajo posterior, para lo cual se remite a la paciente a Cirugía Artroscópica, para lo cual la lesión del ligamento cruzado posterior que se requiere cirugía artroscópica riesgo es infección, inestabilidad y ruptura, la cual se encuentra presentando adormecimiento en su pierna izquierda, la cual no tiene atención inmediata puede perder su miembro inferior derecho a su corta edad, y causando un trauma psicológico y afectado, repercutiendo negativamente en su persona su entorno, dado que presenta depresión y complejo por su caminar defectuoso, y consumida por el dolor y muchas veces imposibilidad de locomoción, por cuanto su pierna no le responde y la menor solo cuenta con en el servicio de salud Caprecom, quien a la fecha no le ha autorizado su remisión con el especialista ortopedista y poder someterse al procedimiento medico pertinente de manera urgente y necesaria en pro de salvaguardarle la pierna izquierda por causa del trauma causado por los agentes de policía.

2. por la AUTORIZACION PARA LA REMISION PARA ESPECIALIDAD DE ortopedia y traumatología, procedimiento ARTROSCOPIA DIAGNOSTICA DE RODILLA con ACOMPAÑANTE y GASTOS DE ESTADIA, ALIMENTACION y TRANSPORTE AEREO y TERRESTRE de la ciudad que designe la Policía Nacional Departamental en aras de la efectividad de los derechos de los niños y mejora el estado de salud de la menor.

3. Que como consecuencia de la Acción de Tutela de su derecho fundamental se le ordene al ente tutelado poner fin a tales omisiones, adoptando dentro del término que establezca su despacho

conducta consistente en hacerse cargo, otorgable los medios y sustento económicos, proporcionarle la remisión a un especialista y procedimiento pertinente y necesarios pro de restablecerle la salud de la menor HAYSHUA ARCHBOLD BARKER, apelando al derecho de los niños y por conexidad el de la salud, por cuanto la menor se encuentra ante una posibilidad eminente de perder su miembro y no posee los recursos económicos ni medios pertinentes para poder acudir a un especialista dado que en el Departamento no poseemos la especialidad médica necesaria para este caso en particular.”

Trámite de Instancia.

Por haber reunido los requisitos contemplados en el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000, mediante auto de fecha cuatro (4) de noviembre de dos mil catorce (2014), se procedió a admitir la presente acción constitucional, ordenando correr traslado a la entidad tutelada, con el fin de que se pronuncie sobre los hechos de la tutela y así mismo se vinculó al presente trámite constitucional a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM (fls. 24-25 del expediente).

Informes de los Accionados.

Policía Nacional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Mediante escrito radicado el 7 de noviembre del año en curso y a través del Comandante, Teniente Coronel LUÍS CARLOS HERNÁNDEZ ALDANA, la Policía del Departamento Archipiélago describió el traslado de la tutela de la referencia señalando que, aun cuando aparentemente el 28 de julio de 2012 se presentó un accidente de tránsito, no existen antecedentes legales que permitan establecer con certeza lo que realmente sucedió, cuál fue el conductor que produjo el siniestro, qué normas de tránsito vulneraron y qué persona las vulneró.

Indica, que la motocicleta la cual manejaba Cindy Mitchell Cabezas Rodríguez se desconoce si tenía toda la documentación legalmente exigida para su movilización, tales como licencia de conducción, el seguro obligatorio para en caso de accidentes sea la directamente responsable por los gastos médicos de la persona afectada y la revisión tecno mecánica, por lo cual, en esta instancia no es posible tener certeza sobre a qué persona o personas debe recaer la responsabilidad del accidente de tránsito.

Afirma, que el 22 de agosto de 2014 se realizó una audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, para agotar el requisito de procedibilidad para impetrar el medio de control de reparación directa, entre la tutelante y la Policía Nacional, la cual fue declarada fallida, por lo cual la ciudadana puede acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Expone, que los antecedentes médicos y diagnósticos médicos deben ser probados con los documentos expedidos por el médico tratante.

Asevera, que **“ES TOTAL Y ABSOLUTAMENTE FALSO, ES MENTIRA”** que se haya realizado audiencia de conciliación, en la que el Ministerio de Defensa-Policía Nacional en

“cabeza” de los dos patrulleros, haya conciliado y aceptado asumir la responsabilidad, gastos y demás erogaciones a favor de la menor Hayshua Nora Archbold Barker o de cualquier otra persona, ya que aquellos los realizaron a título particular y no en representación de la Policía Nacional.

Agrega, que a la fecha existe un acuerdo conciliatorio legalmente celebrado entre las partes involucradas en el accidente, que debe ser objeto de ejecución, en caso de que alguna de las partes haya incumplido su compromiso.

Alega, la inexistencia de vulneración a derecho fundamental por parte de la Policía Nacional, así como la inexistencia de la inmediatez de la acción de tutela y la improcedencia de la acción por existir otro mecanismo de defensa judicial.

Por lo anterior, considera que no se ha vulnerado el derecho fundamental a la vida en conexidad con la salud, por lo que solicita, que no se tutele el derecho solicitado por la accionante.

Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom:

Guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Fundamentos Jurídicos.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991, se prevé como el mecanismo garante que tienen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Así, y como surge de amplísima fuente jurisprudencial, dicha acción tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos fundamentales que han sido violados mediante mandatos judiciales inmediatos y perentorios, para que el responsable de la agresión o amenaza cese la acción u omisión.

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial,

acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

3.2 Del Problema Jurídico.

El problema jurídico, que debe desatar la Sala en este caso, consiste en determinar, si la POLICÍA NACIONAL DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, vulneró el derecho fundamental invocado por MARÍA EUGENIA DUKE BISCAINO en representación de la menor HAYSHUA ARCHBOLD BARKER, al no remitirla a la especialidad de ortopedia y traumatología para procedimiento de artroscopia diagnóstica de rodilla, con acompañante y gastos de estadías, alimentación y transporte aéreo y terrestre.

3.3 Caso en Concreto.

Encuentra la Corporación, que la principal alegación de la accionante, es que a la fecha la salud de la menor cada día se agrava más, dado que el trauma que tiene en su miembro inferior izquierdo le causa dolor y adormecimiento, y muchas veces limita su locomoción, por lo cual su médico tratante le ordena cirugía artroscópica, sin que hasta el momento de la presentación de la acción constitucional de la referencia la hayan remitido.

Por su parte, la entidad accionada Policía Nacional señala, que no es la entidad encargada de ofrecer los servicios médicos que llegue a necesitar la menor, además de que se debe tener en cuenta que la misma accionante manifiesta que la menor tiene el servicio de salud prestado por CAPRECOM. Agrega, que ya existe acuerdo conciliatorio entre las partes involucradas en el accidente, en el que una de ellas se obligó a sufragar determinados gastos, por lo que se debe proceder a la ejecución en contra de la persona que incumplió.

De las pruebas aportadas allegadas al expediente, se observa:

- Copia simple del registro civil de la menor Hayshua Nora Archbold Barker (*fl. 9*)
- Fotocopia de la tarjeta de identidad de la menor Hayshua Nora Archbold Barker (*fl.10*)
- Fotocopia del certificado expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de fecha 24 de enero 2014, donde certifica que la menor Hayshua Nora Archbold Barker, se encuentra bajo el cuidado de su abuela, la señora María Eugenia Duke Biscaino. (*fl. 8*)
- Fotocopia del acta de la audiencia de conciliación prejudicial 6013-1367-189 de julio 30 de 2012 (*fls. 14-15*)
- Fotocopia del Informe Pericial de Clínica Forense de noviembre 5 de 2013, emitido por el Instituto de Medicina Legal- Unidad Básica de San Andrés. (*fls. 17-18*)
- Fotocopia del Informe Técnico Médico Legal de Lesiones no Fatales de octubre 29 de 2012, emitido por el Instituto de Medicina Legal- Unidad Básica de San Andrés. (*fls. 19-20*)

- Fotocopia de Orden de Procedimiento a nombre de HAYSHUA NORA ARCHBOLD BARKER y de fecha febrero 11 de 2014, mediante la cual el Médico especialista en Ortopedia y Traumatología del Hospital “Amor de Patria”, ordena el procedimiento: artroscopia diagnóstica de rodilla. *(fl.11)*
- Fotocopia de Notas de Evolución a nombre de HAYSHUA NORA ARCHBOLD BARKER, de fecha febrero 11 de 2014. *(fl.12)*
- Fotocopia e Formato Estandarizado de Contrarreferencia de Pacientes del Ministerio de Salud y Protección Social Procedimiento a nombre de HAYSHUA NORA ARCHBOLD BARKER y suscrito por el Dr. HUGO ALBERTO AROCHA BARROS. *(fl. 13)*

En tal sentido, para abordar el caso en concreto, la Sala estudiará lo planteado en el problema jurídico, teniendo en cuenta las pruebas que militan en el expediente.

La Constitución Política consagra en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

La Corte Constitucional en principio diferenció los derechos protegidos mediante la acción de tutela de los de contenido exclusivamente prestacional, de tal suerte que el derecho a la salud, para ser amparado por vía de tutela debía tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Sin embargo, se protegía como derecho fundamental autónomo cuando se trataba de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, y en el ámbito básico cuando el accionante era un sujeto de especial protección.

No obstante, dicha corporación ha establecido que el derecho a la salud posee una doble connotación: **(i)** como un derecho fundamental y **(ii)** como un servicio público. En tal razón se ha considerado que:

“en materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, **todas las personas sin excepción** pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.

Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección”¹.

Lo anterior quiere decir que procede el amparo en sede de tutela cuando resulta imperioso velar por los intereses de cualquier persona que así lo requiera. En tal sentido, la salud como servicio público esencial a cargo del Estado, además de regirse

¹ Corte Constitucional, Sentencias T-471/10 y T-016/07

por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que consagra expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, debe dar cumplimiento al principio de continuidad, que conlleva su prestación de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su interrupción sin la debida justificación constitucional.

Concretamente, en materia de salud, la Corte ha entendido que se quebranta este derecho fundamental cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y, en general, cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada patología, según lo ordenado por el médico tratante.

Con la entrada en vigencia de la ley estatutaria de salud, es indiscutible que la salud es un derecho fundamental², que debe ser garantizado por el Estado y que las prestaciones que los organismos estatales deben hacer para preservar la salud de las personas, deben ser, no solo continuas sino progresivas, no pudiendo excusarse en cuestiones financieras o presupuestales para su atención oportuna y eficaz.

Así lo estableció la H. Corte Constitucional, cuando revisó el texto del proyecto de ley estatutaria en decisión de exequibilidad que recayó en el EXPEDIENTE PE-040 - SENTENCIA C-313/14 (Mayo 29) con ponencia del Magistrado Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo³.

² Ley estatutaria de salud Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

³ **Artículo 5:** obligaciones del Estado

i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población.

QUE DIJO LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 5°, en el entendido que (i) la atribución del deber de adoptar mecanismos para la validación del derecho prevista en el literal d) no dará lugar a expedir normas que menoscaben el mecanismo de protección de los derechos fundamentales y (ii) la sostenibilidad fiscal a que alude el literal i) no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario.

En lo que respecta al artículo 5, la Corte Constitucional precisa: El literal i) fue declarado exequible dada la importancia de la sostenibilidad financiera para la realización del derecho, pero, se advirtió que de conformidad con el precedente contenido en la sentencia C- 459/08 “la sostenibilidad financiera no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario”. Para la Corporación, es un deber social del Estado asegurar el acceso de las personas a la red hospitalaria y su financiación. Con dichos fundamentos, la declaración de exequibilidad de este precepto fue condicionada.

Artículo 6: Elementos y principios del derecho fundamental a la salud.

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido de manera intempestiva y arbitraria por razones administrativas o económicas;

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud que se requieran con necesidad deben proveerse sin dilaciones que puedan agravar la condición de salud de las personas

QUE DIJO LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 6°, salvo las expresiones “de manera intempestiva y arbitraria” contenidas en el literal d) del inciso segundo, “que se requieran con necesidad” y “que puedan agravar la condición de salud de las personas” contenidas en el literal e) del inciso segundo, que se declaran INEXEQUIBLES.

Artículo 14: Prohibición de la negación de prestación de servicios.

Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención inicial de urgencia y en aquellas circunstancias que determine el Ministerio de Salud y

En este orden, se encuentra probado que la menor HAYSHUA ARCHBOLD padece trauma en rodilla izquierda con sensación de inestabilidad y al examen el galeno le encuentra cajón posterior (fl. 12 del expediente.), razón por la cual, para el mejoramiento de su estado de salud requiere ser remitida a cirugía artroscópica por lesión del ligamento cruzado posterior (fl. 11 del expediente). Así las cosas, la falta del tratamiento médico señalado, amenazan los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la menor.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el punto esencial del presente asunto se circunscribe a determinar si le corresponde o no a la Policía Nacional cubrir los gastos médicos que la paciente requiere, así como los de traslados, alimentación, estadía y transporte de ella y de su acompañante, la Sala desde este instante, advierte que la mencionada entidad se halla desprovista de legitimación por pasiva para responder, habida consideración que la Policía Nacional no es la prestadora de salud, a la cual se encuentra afiliada la menor accidentada, tal como constan en los folios 11 y 13 del expediente, que dan cuenta que efectivamente es beneficiaria de la aseguradora CAPRECOM.

De otro lado, el Tribunal infiere de los hechos de la demanda, que la accionante pretende que por vía de tutela se haga cumplir el acuerdo a que se llegó en una audiencia de conciliación, celebrada con los patrulleros involucrados en el accidente de tránsito en mención, en la cual aquellos se comprometieron a cubrir los gastos médicos, curaciones, etc., siendo menester en este rubro, recordar que la tutela es subsidiaria, es decir, que procede cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial, o que existiendo se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Frente a la residualidad de la tutela, la H. Corte Constitucional ha establecido:

“En cuanto a las reglas generales basta con recordar que ante la existencia de otros medios de defensa judicial la acción deberá declararse improcedente, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este último evento resulta necesario establecer la idoneidad y efectividad del otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales alegados o la configuración de un perjuicio irremediable que haga posible el amparo aunque sea de forma transitoria”⁴

Así las cosas, es claro pues, que la acción de amparo, por la existencia de otros mecanismos, no es la idónea para hacer valer lo acordado en la mencionada conciliación, y entonces como quiera que el acta de conciliación presta mérito ejecutivo, se puede acudir ante la autoridad competente para constreñir al cumplimiento de las obligaciones allí contraídas (parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001).

Protección Social. El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

QUE DIJO LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 14, salvo las expresiones “inicial” y “y en aquellas circunstancias que determine el Ministerio de Salud y Protección Social”, las cuales se declaran INEXEQUIBLES.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-113 de Marzo ocho (8) de dos mil trece (2013), Ref. Exp.: T-3.604.727. MAGISTRADO PONENTE: Dr. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA.-

No obstante lo dicho en precedencia y respecto de una eventual responsabilidad para deducir resarcimiento de perjuicios, es la misma Policía Nacional la que ha indicado que se podrá impetrar el medio de control de reparación directa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con ese fin.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, la Policía Nacional no es la entidad encargada de la prestación de los servicios de salud de la menor HAYSHUA NORA ARCHBOLD BARKER, y que al presente trámite fue vinculada la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom, se procederá a resolver la tutela respecto de ésta, pues, en primer lugar, la accionante en su demanda manifiesta que la menor cuenta con el servicio de salud de esta entidad, lo cual se corrobora con las pruebas del expediente, y en segundo lugar, se tendrá por cierto dicha afirmación, dado que Caprecom no contestó la tutela a pesar de habersele notificado debidamente, esto de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En este orden, debido a que se reclama los gastos de “estadía, alimentación y transporte aéreo e interno” de la menor y su acompañante, además de la remisión a la especialidad que requiere la menor, es pertinente consignar aquí lo que ha dicho la jurisprudencia respecto de estos gastos:

La H. Corte Constitucional ha delimitado el reconocimiento de gastos de desplazamiento, lo que en principio no constituyen trasgresión a derecho fundamental alguno, en tanto que dichos servicios son ajenos a su objeto, estos deben ser asumidos tanto por el paciente como por sus familiares, pero en diferentes circunstancias se ha presentado que por carencias económicas la EPS debe costear el desplazamiento del paciente, es así como en sentencia T-212 de 2011, expuso:

*“Si bien el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no son servicios médicos, hay ciertos casos en los que el acceso efectivo al servicio de salud depende de que el paciente pueda desplazarse hacia los lugares donde le será prestada la atención médica que requiere, desplazamiento que, en ocasiones, debe ser financiado porque el paciente no cuenta con los recursos económicos para acceder a él. **De hecho, la jurisprudencia constitucional, basándose en la regulación existente al respecto, ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía. De este modo, se ha establecido que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a las EPS únicamente en los eventos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”**” (Subraya y negrilla de la Sala).*

De la misma forma, la Alta Corporación de manera excepcional ha manifestado:

*“Adicionalmente, no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. **También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario.** La regla jurisprudencial aplicable para la procedencia del amparo constitucional respecto a la financiación del traslado del acompañante ha sido definida en los siguientes términos, (i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para*

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-212 de 2011. MP: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. (...)Para que el paciente tenga derecho a que la EPS cubra los gastos de transporte y estadía que sean necesarios para que pueda recibir los servicios médicos que necesita, se requiere que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y también que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”⁶
(Resaltado y negrilla fuera de texto).

Respecto a los dos primeros requisitos, para este Tribunal, es incuestionable que la menor HAYSHUA ARCHBOLD, en estos momentos depende de un tercero para su desplazamiento, pues, debe tener el cuidado y protección de un adulto por ser un sujeto de especial protección constitucional, en consecuencia, *“De todo lo anterior se colige que 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.”*⁷

Con relación al derecho fundamental de los niños la H. Corte Constitucional ha sostenido:

*“El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías. La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbra su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.”*⁸

Frente al tercer requisito, esto es, la capacidad económica del accionante y su núcleo familiar para financiar los costos del traslado del acompañante, la estadía, alimentación y transporte interno, se observa que se estructura en el caso bajo

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-212 de 2011. MP: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-206 de Abril quince (15) de dos mil trece (2013), Ref.: T-3699975, T-3700935, T-3705404 y T-3707429 (expedientes acumulados).
MAGISTARDO PONENTE: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO:

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-206 de Abril quince (15) de dos mil trece (2013), Ref.: T-3699975, T-3700935, T-3705404 y T-3707429 (expedientes acumulados).
MAGISTARDO PONENTE: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO: “5.3. De todo lo anterior se colige que 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. En síntesis, los infantes 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^[49], en concordancia con los principios legales de protección integral^[50] e interés superior de los niños y niñas^[51].”

examen, dado que, la accionante afirma “...ante la eminente necesidad de tratamiento médico especializado, que no se puede acceder en el departamento y no poseer los medios económicos para poder gozar al derecho a la salud que le asiste a los niños...”, además si se tiene en cuenta, que se encuentra afiliada al régimen subsidiado de seguridad social.

Aunado a lo anterior, la H. Corte Constitucional ha dicho que cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza y requiera un procedimiento y/o tratamiento médico, no se pueden interponer obstáculos de carácter económicos, debido a su imposibilidad económica, para su no realización⁹.

De acuerdo con el análisis realizado, la Sala llega a la conclusión de que en el caso bajo estudio se estructuran todos los elementos que dan lugar a reconocerle los gastos de traslados, alojamiento, alimentación y transporte interno a la menor de edad HAYSHUA ARCHBOLD y a su acompañante por parte de la entidad promotora de salud-CAPRECOM, razón por la cual puede inferirse que en el sub judice, con la negativa de la entidad accionada al no ordenar la remisión para la realización de la artroscopia y la de asumir dichos gastos, se violan los derechos invocados en la demanda.

Por lo anterior, se tutelarán los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de la menor HAYSHUA NORA ARCHBOLD BARKER, en consecuencia se ordenará a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM, para que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la comunicación de la presente providencia, se sirva ordenar el servicio requerido por la menor antes mencionada, este es, Artroscopia Diagnóstica, así como la prestación del servicio integral, autorizando no solo el traslado con acompañante a otra ciudad, sino también se le practiquen todos los exámenes necesarios, suministre los medicamentos para su tratamiento, gastos de estadía, transporte interno y alimentación hasta el día de su retorno y durante todo el tiempo que sea necesario para el mejoramiento de su condición de salud.

Finalmente, se prevendrá a la Policía Nacional que con la sola acta de conciliación suscrita entre el representante de la menor accidentada y los patrulleros de esta entidad, es suficiente para que se inicie una indagación, así sea preliminar, con el objeto de esclarecer los hechos y si es del caso las acciones disciplinarias a que haya lugar.

Comuníquese esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

De no ser impugnado el presente fallo envíese a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-206/08, Febrero 28 de 2008, Ref. Exp. T-1734340. MAGISTRADA PONENTE: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.-

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la falta de legitimación por pasiva de la Policía Nacional, conforme a las consideraciones hechas en esta providencia.

SEGUNDO: TUTÉLASE los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de la menor **HAYSHUA NORA ARCHBOLD BARKER**, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDÉNASE a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM para que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la comunicación de la presente providencia, se sirva ordenar el servicio requerido por la menor antes mencionada, este es, Artroscopia Diagnóstica, así como la prestación del servicio integral, autorizando no solo el traslado con acompañante a otra ciudad, sino también se le practiquen todos los exámenes necesarios, suministre los medicamentos para su tratamiento, gastos de estadía, transporte interno y alimentación hasta el día de su retorno y durante todo el tiempo que sea necesario para el mejoramiento de su condición de salud.

CUARTO: PREVÉNGASE a la Policía Nacional que con la sola acta de conciliación suscrita entre el representante de la menor accidentada y los patrulleros de esta entidad, es suficiente para que se inicie una indagación, así sea preliminar, con el objeto de esclarecer los hechos y si es del caso las acciones disciplinarias a que haya lugar.

QUINTO: Comuníquese esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

SEXTO: De no ser impugnado el presente fallo envíese a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JOSE MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ