



44

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Ref.

Medio Constit.: TUTELA

Derecho a la salud, a la seguridad social, dignidad humana e integridad personal de adolescente. Joven de 17 años con discapacidad física y mental. Situación de suministro de elementos excluidos del POS.

Accionante:

JACKELINE PACHECO FORONDA

(Progenitora de su menor hijo – afectado - KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO).

Accionadas:

CAFESALUD E.P.S. y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE

Radicación:

850013333002-2016-00243-00

Procede este operador judicial a dictar la sentencia que corresponda en el asunto de la referencia, una vez concluido el trámite especial establecido en el Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el artículo 86 de la Constitución Nacional y recaudados informes de las accionadas en lo posible, en razón a que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

OBJETO DE LA DEMANDA:

Mediante escrito la señora JACKELINE PACHECO FORONDA acude a esta figura de rango constitucional a fin que se ampare y proteja los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social entre otros, establecidos en la Constitución Nacional, que considera le están siendo amenazados a su hijo KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO, por las entidades accionadas - CAFESALUD EPS y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE -, manifestando que las accionadas no le suministran el material ordenado por el médico tratante ni le prestan el servicio médico de manera integral que requiere su hijo para mejorar su salud y calidad de vida.

PRETENSIONES:

Conforme a la propia redacción de la demanda, la accionante, solicita al Despacho:

1. *"Ordenar a la Gerente de CAFESALUD EPS y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL o quien haga sus veces, LE SUMINISTREN EL MATERIAL ORDENADO POR SU MEDICO TRATANTE Y LE PRESTEN EL SERVICIO DE SALUD DE MANERA INTEGRAL, para mejorar su salud y la calidad de vida.*
2. *Ordenar a la Gerente de CAFESALUD EPS y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL o quien haga sus veces, LE SUMINISTREN EL MATERIAL ORDENADO POR SU MEDICO TRATANTE Y LE PRESTEN EL SERVICIO DE SALUD DE MANERA INTEGRAL (es decir que no haya demora).*
3. *Para evitar presentar tutela por cada evento, solicito ORDENAR QUE LA ATENCIÓN SE PRESTE EN FORMA INTEGRAL, es decir todo lo que se requiere en forma PERMANENTE Y OPORTUNA.*
4. *Prevenir a la Gerente de CAFESALUD EPS Y SECRETARIO DE SALUD DEPARTAMENTAL que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales)".*

Como respaldo a su solicitud de amparo adjunta los siguientes documentos:

- Apartes de historia clínica del paciente KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO (fls. 5 al 9).
- Formato de Cafesalud EPS (afiliado antes a Saludcoop) respecto a solicitud y justificación médica para insumo o procedimiento no pos (fls. 10 al 15).
- Fotocopia de documentos de identificación de JACKELINE PACHECO FORONDA y KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO (fls. 16 y 17).
- Documento de consulta base certificado local del SISBEN en el cual se encuentra el núcleo familiar de la accionante y sus hijos (fl. 18).
- Fotocopia de formato diligenciado perteneciente a CAFESALUD EPS de "Negación de servicios de salud y/o medicamentos" (fls. 19 y 20).

ANTECEDENTES:

Refiere la tutelante que ella es madre cabeza de familia trabaja como estilista y lo que devenga lo gasta en transporte, arriendo de casa, servicios públicos y alimentación de sus hijos y el propio.

Que su hijo menor de edad se encuentra afiliado activo en el régimen subsidiado a CAFESALUD EPS, el 14 de julio de 2016 fue valorado por la doctora Claudia Fernanda Cotera Alfonso, quien ordenó "Pañales desechables adulto talla M 4 al día 120 mes y pañitos húmedos fres - Kids pequeñin 10 día 50 mes.

Que para lo anterior, la médica tratante diligenció el formato NO POS, pero CAFESALUD negó el suministro de los elementos o insumos ordenados.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El escrito de tutela fue interpuesto ante la Oficina de Apoyo de Servicios Judiciales de Yopal el 1º de agosto de 2016, repartida y allegada a este Despacho en la misma fecha, siendo admitida mediante auto del día 2 del mismo mes y año que obra a folios 23 y vto. del cuaderno principal; Por haber sido solicitada en capítulo especial del cuerpo de la demanda, se dispuso como medida cautelar que en el término perentorio de seis (6) horas CAFESALUD EPS y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE procedieran sin dilación alguna a entregar las cantidades de insumos que requiera el paciente en lo relacionado a pañales desechables y pañitos húmedos, teniendo en cuenta el compromiso de derechos fundamentales del menor en condición de discapacidad especialmente la vida en condiciones dignas.

El contenido de la orden de medida cautelar perentoria proferida por este Despacho judicial al igual que la providencia admisorio, fueron notificadas y comunicadas a las accionadas el mismo día 2 de agosto de 2016 en horas de la mañana (fls. 24 al 32).

Pronunciamiento del Departamento de Casanare-Secretaría de Salud de Casanare: (fls 33 al 35).

A través de abogado a quien se reconoce el tal condición conforme a poder conferido por funcionaria Jefe de la oficina de Defensa Judicial del Departamento de Casanare, con memorial allegado a la Secretaría del Juzgado el 4 del presente mes y año, se hace presente al escenario constitucional que se le ha planteado, indicando frente a los hechos que se tiene por ciertos los mismos conforme a la patología con soporte médico y las tecnologías prescritas. Refiere que en cuanto al suministro de artículos de aseo (pañales y pañitos húmedos) son considerados artículos excluidos del POS porque no se relaciona con los procedimientos y tratamientos para restablecer la salud del paciente; señalando así que no suministrar estos elementos no ponen en riesgo la vida del paciente pese al criterio del galeno, pues no ve como una persona puede perecer por no tener pañales y pañitos húmedos.

Señala que para que la entidad territorial pueda asumir eventos excluidos del POS, debe someterse al Comité Científico de CAFESALUD, lo que se echa de menos dentro de los soportes de la tutela.

Por lo anterior, dice oponerse a todas las pretensiones de la acción de tutela, contra el ente territorial que representa.

CAFESALUD EPS no realizó pronunciamiento alguno a pesar de haberle sido comunicado con antelación.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la *dignidad humana* (art. 1 C.N.) desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Competencia:

Este operador judicial investido de la función constitucional - para el caso específico - que le otorga la Carta Magna, a través del Despacho es competente para proceder a proferir sentencia dentro de la acción especialísima de la tutela, de conformidad a lo estipulado en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, pues la Constitución Política de 1991 instituyó la jurisdicción constitucional en los Jueces de la República; igualmente, de acuerdo a lo señalado en el Decreto 1382 de 2000 y al factor territorial por el lugar donde presuntamente se pudieren estar poniendo en peligro, amenazando o quizás vulnerando derechos fundamentales.

Procedibilidad de la Acción de Tutela:

La Constitución Política de 1991 cuyo máximo fruto ha sido la institución de la tutela o amparo - opinión de especialistas en derecho constitucional que este administrador judicial comparte como un todo - que en sentido estricto es un derecho subjetivo público de la persona o individuo, un mecanismo excepcional diseñado en hora buena por el constituyente del 91 para amparar y proteger los derechos fundamentales, cuando estos pudieren ser puestos en peligro, o efectivamente violados, amenazados o desconocidos por alguna autoridad o por un particular que tenga la obligación de prestar el servicio público, y especialmente para evitar que las personas encargadas de prestarlos no abusen de los particulares que se ven obligados a acudir a esas entidades en procura de un servicio urgente.

Sin embargo, recién cumplidos 25 años de la puesta en marcha de esta útil herramienta se ha decantado de manera paulatina el abuso de la figura principalísima del amparo constitucional, utilizándose equivocadamente para defender derechos económicos de grandes emporios, terratenientes y empresas multinacionales que sin asomo de escrúpulos han intentado por intermedio de esta noble figura lograr objetivos que no alcanzaron a través de otros medios jurídicos dispuestos para ello, intentando de esta forma esquivar y

dejar de lado los fines altruistas que buscó el constituyente, aunado a la aquiescencia de algunos servidores a favor de grandes empresas y otras de similar corte, sacrificando de paso en no pocas ocasiones derechos de trabajadores, campesinos despojados de sus tierras, pequeñas minorías, indígenas, comunidad afrodescendiente y en general personas del común. Lo anterior, ha dado pie a posiciones extremas de voces que sin sonrojarse piden acabar y/o modificar tan especial instrumento jurídico, sin valorar los grandes beneficios que le ha prestado al conglomerado social en especial de las clases menos favorecidas que han visto en él una tabla de salvación a situaciones en las cuales se ha visto comprometido hasta el don más preciado de la vida. Una aspiración de difícil tránsito ante los estamentos gubernamentales de hacienda nacional que han propuesto muchos servidores judiciales ha sido la creación de la jurisdicción constitucional a la que se le establezcan facultades especiales para adelantar y fallar todas las acciones de dicha estirpe y que tuvieran connotaciones especializadas en tal materia, que pudiere afianzar aún más esta práctica como herramienta de amparo y solución a problemas mediáticos y que contribuyera de alguna forma a la descongestión de los Despachos judiciales y consecuentemente una pronta solución de futuros litigios.

Ha reiterado en pronunciamientos anteriores este Despacho que esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: *la subsidiariedad y la inmediatez*; el primero por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y, el segundo, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponerla en guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

Legitimación por activa:

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los

jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o privada que desempeñe funciones públicas.

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia T-1020 de 30 de octubre de 2003, indicó que: *“la acción de tutela es un medio de defensa que se encuentra al alcance de todas las personas “nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, (...) independientemente de si es ciudadano o no. De manera que pueden interponerla los nacionales, los extranjeros, los que se encuentran privados de su libertad, los indígenas e inclusive los menores de edad. No hay diferenciación por aspectos tales como raza, sexo o condición social, lo que indica que todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia”.*

Adicionalmente -aplicable al caso examinado-, la máxima guardiana de la Constitución en la Sentencia T-203 de 2012 respecto a la legitimación de los padres para interponer tutelas en nombre de sus hijos, precisó:

“AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Madre en representación de hija con discapacidad.

Esta Corte ha precisado que la agencia oficiosa se da cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente. Además, tiene como finalidad garantizar la protección y eficacia de sus derechos fundamentales. al admitir que un tercero presente la petición de amparo y actúe en su favor sin que medie poder. Asimismo, ha determinado que para intervenir como agente oficioso se deben verificar dos requisitos: (i) que el agente oficioso manifieste actuar en tal sentido; y (ii) que de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo se infiera que el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados se encuentra en situación física o mental que le impida la interposición directa de la acción. Al respecto, es necesario indicar que la manifestación puede ser expresa o tácita. Así, será válida la agencia oficiosa cuando de los hechos narrados en el escrito de tutela se deduzca la calidad en la que actúa la persona que interpone la acción”.

En consecuencia, JACKELINE PACHECO FORONDA quien solicita el amparo a través de esta figura, a favor de su hijo KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO quien se encuentra con diagnóstico de discapacidad física y neurológica, se encuentra habilitado constitucionalmente para interponer esta clase de acción especialísima a través de un representante; por cuanto así lo determina el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991.

Legitimación por pasiva:

CAFESALUD en calidad de entidad promotora de salud, y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión, por lo cual están sujetas al ordenamiento jurídico y pueden llegado el caso, ser receptoras de órdenes judiciales para proteger los derechos de cualquier persona que los considere violados o amenazados, lo que debe ser constatado en este perentorio término establecido en el mencionado decreto.

DERECHOS INVOCADOS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE:

Los derechos presuntamente quebrantados están constitucionalmente protegidos; fueron expresamente calificados en la Constitución como fundamentales, así: ***a la salud y la seguridad social***. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la misma naturaleza y protección a ***la dignidad personal***, en conexión con el derecho a la vida (Art. 11 CP), cuyo reconocimiento como derecho inherente a la persona es del derecho interno y se encuentra protegido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ello, en la perspectiva formal, el trámite de la acción es procedente a pesar de la perentoriedad en cuanto a términos para resolver; se encamina a establecer si efectivamente dichos derechos enunciados y resaltados, de estirpe constitucional fundamental, han sido conculcados o están siendo amenazados por las actuaciones o mejor posibles

omisiones de CAFESALUD E.P.S. y SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE, en lo relacionado a los probables obstáculos que ha encontrado la progenitora para autorización y suministro de elementos que le formula el médico tratante y necesarios por el estado de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra el joven KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado:

"...Uno de los fines inmediatos de éste es el de vivir en condiciones saludables. A la vez, y bajo otro aspecto, la salud es un medio necesario para una vida digna, pues al hombre no sólo se le debe respetar su existencia biológica, sino que ésta sea de acuerdo a su dignidad de persona, es decir, como un ser que merece vivir bien. Es pues así como el derecho a la salud es un derecho fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana, desde el momento de la concepción hasta su muerte, derecho que implica conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales, y poner todos los medios ordinarios al alcance para la prevención de las enfermedades, así como para la recuperación." (Sentencia T 013 1995 Ponente Vladimiro Naranjo Mesa).

Esa misma Corporación en Sentencia SU- 819 de 1999 expuso:

*"La Seguridad Social en Salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia del interés general. Para ello, el Estado debería crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país. **Obligación ésta que en los términos de los artículos constitucionales 48 y 49 no sólo corresponde al Estado** en la*

medida en que el beneficiario del servicio no cuente con los recursos necesarios para sufragarlos, sino igualmente a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud”.

Y más recientemente la Corte Constitucional¹ ha esbozado:

“3. Doctrina constitucional sobre el derecho a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política, la salud tiene una doble connotación: es un derecho fundamental y un servicio público. En este orden, todas las personas tienen la posibilidad de acceder al servicio de salud en las modalidades de promoción, protección y recuperación, correspondiéndole al Estado la organización, dirección, reglamentación y garantía de su prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De la misma forma, en los artículos 365 y 366 de la Carta Política, se dispone que los servicios públicos en general son inherentes a la función social del Estado, de conformidad con lo indicado en el artículo 2º ibídem, y que es deber del Estado asegurar su prestación a “todos los habitantes del territorio nacional” de acuerdo con la ley, “reiterando en este sentido la universalidad y con ello también la fundamentabilidad del servicio público asociado en este caso a la salud”

La protección que otorga el ordenamiento jurídico colombiano al derecho a la salud se complementa y fortalece con lo dispuesto sobre el mismo en el ámbito internacional, como por ejemplo en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su párrafo primero afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

En este mismo sentido, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su párrafo primero precisa que los Estados partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Por su parte, la Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones originados en el Pacto, recordó que “la salud es

¹ Sentencia T-345/11 del 5 de mayo de 2011, referencia: expedientes T-2.917.429 y T-2.935.581 (acumulados). Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente².

Conforme a la ilustración *in extenso* que nos aporta la máxima guardiana de la Carta Magna, los derechos invocados gozan de protección especial conforme a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble connotación jurídica; por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, el artículo 49 superior establece que la salud hace parte de la Seguridad Social y como tal, se constituye en un servicio público y en un derecho en cabeza de todas las personas.

También en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional² ha sostenido que el derecho a la salud constituye por sí sólo un derecho fundamental autónomo e independiente (antes la jurisprudencia lo referenciaba como en conexidad con el de la vida, lo que se califica hoy de artificioso), el cual debe ser garantizado de forma directa por el Estado Social de Derecho que rige nuestro sistema normativo, acorde con las siguientes consideraciones:

"3. El derecho a la salud como derecho fundamental

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito

² Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008; M.P.: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. (...)

(...)

3.2.1.3. Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.³ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁴ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁵

(...)

3.2.1.4. 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. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una

³ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: "Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental." Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁴ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que "(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)" En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafía posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte "[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud."

persona homosexual,⁶ extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.⁷ En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer "(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura."⁸ Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la 'dignidad humana', "(...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición."⁹

3.2.1.5. El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. En cuanto a la Observación General N° 14, referida específicamente al derecho a la salud, se hará referencia posteriormente a ella en el presente capítulo de esta sentencia (ver apartado 3.4.2.). (...)

3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental.¹⁰ La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino); en este caso la Corte consideró que "(...) la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional."

⁷ En la sentencia C-075 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; SV Jaime Araujo Rentería; AV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, 'en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales'.

⁸ En la sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino).

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino). En este caso se reiteró que "... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.", tal como lo había considerado la Corte Constitucional en la sentencia C-684 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra);

¹⁰ Desde su inicio la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en conexidad "con un principio o con un derecho fundamental". Sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) Esta posición jurisprudencial, acogida rápidamente por otras Sala de Revisión de la Corte Constitucional (v.gr., sentencia T-571 de 1992; MP Jaime Sanín Greiffenstein), ha sido sostenida de manera continua e ininterrumpida hasta el momento.

reconocidos por la Constitución como 'derechos de aplicación inmediata', tales como la vida o la igualdad.¹¹

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que "se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida", "sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales".¹² Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el 'principio de igualdad en una sociedad'.¹³ Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de 'un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal'.¹⁴

3.2.5. La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la 'conexidad', casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró 'artificial' tener que recurrir a la 'estrategia de la conexidad' para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,

"Hoy se muestra artificial predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos - unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional¹⁵ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso la Corte señaló: "En ciertos eventos - éste es uno de ellos - la atención médica inmediata tiene una relación directa con la conservación de la vida y la salud, hasta el punto que si ella deja de darse la persona puede morir o su salud menguarse en grado sumo. En estas condiciones la atención médica como modalidad del derecho a la vida y a la salud indiscutiblemente tendría aplicación inmediata (CP art. 85)."

¹² Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁵ En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad - niños, niñas - o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión - personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.”¹⁶

Así pues, 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’.¹⁷ Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”¹⁸ La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.¹⁹

Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud. (...)”

Respecto a los derechos y prerrogativas que frente al derecho a la salud tienen las personas con discapacidad, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-203 del Catorce (14) de Marzo de Dos Mil Doce (2012), Magistrado Ponente JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, ha indicado:

“
(...)”

¹⁶ Con relación a este desarrollo jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) en la cual se estudió el caso de una menor que padecía una *lesión nodular carnosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda* y a quien su médico especialista tratante había remitido al cirujano plástico para la extracción de la carnosidad. La EPS negó el procedimiento por considerar que el mismo era de carácter estético. La Corte protegió los derechos de la menor, ordenó practicar la cirugía e indicó: “() en el presente asunto se trata de una prestación excluida del POS. Considera, por el contrario, que se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento sueltuario ni cosmético”

¹⁷ Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...) tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

¹⁸ En la sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere “(...) *afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.*” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

¹⁹ La Corte Constitucional, siguiendo el artículo 46 de la Constitución, ha considerado el derecho a la salud de las personas de tercera edad es un derecho fundamental. entre otros casos, en las sentencias T-527 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-935 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-441 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

5. La especial protección del derecho a la salud de personas en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia

La Carta Política consagra el amparo reforzado que deben recibir las personas con discapacidad. En este sentido, el artículo 13 dispone que: *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*. Asimismo, el artículo 47 establece que el Estado debe adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

A estas normas, se les debe sumar los convenios internacionales suscritos y ratificados tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Observación General núm. 05 sobre Personas con Discapacidad proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales; y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, entre otros. Todos ellos buscan la protección especial de los derechos de las personas con discapacidad y procuran que éstas se encuentren en situación de igualdad con los demás integrantes de la sociedad.

Asimismo, la Ley 1306 de 2009 encargada de regular la *“Protección de Personas con Discapacidad Mental y (...) el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”*, consagra en su artículo 11:

“Ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, de acuerdo con los lineamientos y programas científicos diseñados o aprobados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación de que trata la Ley 361 de 1997.

La organización encargada de prestar el servicio de salud y de educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde la temprana edad (...)”.

Estas disposiciones le imponen al Estado una doble obligación respecto a esta población: por un lado, de abstenerse de adoptar medidas que vulneren la garantía de igualdad de trato; y por otro, de remover las barreras de orden normativo, económico y social que impidan el ejercicio de los derechos de estas personas y, en este sentido, ejecutar políticas que busquen una verdadera igualdad²⁰.

Precisamente, esta Corporación ha indicado las distintas esferas en las que se debe dar un apoyo especial; entre otras, ha señalado *“la garantía de las posibilidades de acceso de las personas con discapacidad a los diversos espacios, servicios, informaciones y comunicaciones propios de la vida cotidiana, la educación, tanto ordinaria como especial, a la que tienen derecho, la apertura de posibilidades de empleo para permitirles obtener por sí mismos un sustento digno, la preservación de los elementos básicos de*

²⁰ Ver, entre otras, sentencias T-823 de 1999, T-394 de 2004, T-1031 de 2005, T-286 de 2010 y T-051 de 2011.

su derecho al mínimo vital, la provisión de seguridad social, la protección de su vida familiar en tanto componente crucial del proceso de integración y rehabilitación, y el fomento de su participación en la vida cultural y del desarrollo de actividades deportivas, recreativas y religiosas”²¹.

Ahora bien, respecto al derecho a la salud de las personas con discapacidad, esta Corte ha indicado que la atención integral de estos sujetos debe estar dirigida a que se puedan desenvolver dentro de la sociedad en condiciones dignas y en un plano de igualdad con los demás.

Además, ha establecido, con fundamento en el artículo 4 de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de Personas con Discapacidad, que el Estado tiene la obligación de garantizar “*el acceso de las personas con discapacidad a servicios de apoyo, que bien pueden traducirse en la preparación de personal capacitado para su atención, implementos ortopédicos e instrumentos de ayuda técnica que les permitan un mayor nivel de independencia respecto de otras personas y faciliten su desenvolvimiento en la sociedad, en condiciones autónomas que en tal sentido, aseguren una existencia digna sin que para el efecto constituyan impedimento alguno los padecimientos físicos, sensoriales o síquicos que los aquejen*”²².

En estos términos, las personas con discapacidad gozan de una protección reforzada en cuanto su derecho a la salud. Dicho trato preferencial positivo tiene origen constitucional y busca que se les garantice a aquellos individuos que por su debilidad física o mental son más vulnerables, una vida en condiciones dignas y la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos.

6. Suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

Este Tribunal ha indicado que una interpretación exegética de las normas que regulan los contenidos del POS por parte de las E.P.S. puede desconocer derechos constitucionales fundamentales cuando la negativa a prestar un servicio médico tiene relación directa con la vida o dignidad de un paciente.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado las situaciones fácticas y jurídicas precisas ante las cuales el juez de tutela debe aplicar directamente la Constitución y ordenar el suministro de un servicio de salud que se encuentra excluido del plan de beneficios, a saber:

- a. Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal;
- b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan;
- c. Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo;
- d. Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico²³.

Se concluye que no todas las prestaciones ordenadas por el médico tratante podrán ser objeto de amparo por vía de la acción tutela, ya que, en principio, la autorización de servicios médicos está limitada a los Planes Obligatorios. De ahí que para que resulte procedente la orden de suministrar un servicio no

²¹ Sentencia T-950 de 2009.

²² Sentencia T-657 de 2008.

²³ Sentencia T-970 de 2010.

POS, el juez deberá comprobar que se cumplen los requisitos jurisprudenciales mencionados”.

CASO PLANTEADO Y SOLUCION CONSTITUCIONAL AL MISMO:

Como se puede constatar en el presente caso y de acuerdo a la documentación allegada por las partes, la solicitud que origina la presente tutela hace alusión a orden de médico tratante que ordena el procedimiento a seguir y suministro de elementos que requiere el paciente KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO debido a las deficiencias y complicaciones que presenta, dejándose anotado como resumen en historia clínica en el capítulo de “Anamnesis” lo siguiente (fl. 5):

“Motivo de Consulta

“CONTROL”

Enfermedad actual

PACIENTE DE 17 AÑOS CON ANTECEDENTE DE RETRASO DEL DEASARROLLO PSICOMOTOR SECUNDARIO A TOXOPLASMOSIS CONGÉNITA, PACIENTE CON DISCAPACIDAD FÍSICA Y NEUROLÓGICA, TRAI DO A CONTROL POR LA MADRE PARA SOLICITUD DE PAÑALES, PAÑITOS, TERAPIA FÍSICA, OCUPACIONAL Y DE LENGUAJE, MADRE REFIERE QUE ES MADRE CABEZA DE FAMILIA, MADRE DE TRES HIJOS EN EL MOMENTO TIENE A CARGO DOS HIJOS Y TRABAJA COMO ESTILISTA Y REFIERE QUE NO TIENE EL PRESUPUESTO SUFICIENTE PARA SOSTENER MENSUALMENTE LOS INSUMOS DEL PACIENTE”

Por lo anterior, en el análisis del estado de salud del joven KEVIN JAVIER realizado el pasado 14 de julio de 2016, se establece allí que el mismo sufre de discapacidad física y mental, con base en ello su madre acude por ayuda profesional ante la institución a la cual se encuentra afiliado el menor para solicitar de una parte ayudas de tipo terapéutico (física y del lenguaje) y suministro de pañales y pañitos que ayuden a sobrellevar la difícil etapa por la que atraviesa el paciente (no controla esfínteres) y atendiendo las condiciones socioeconómicas de ella como madre cabeza de familia.

Ahora, al definir y proferir sentencia de mérito de tipo constitucional, encuentra el Despacho que las órdenes dadas como *medida cautelar preventiva*, han sido cumplidas, pues

la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE extendió las autorizaciones No. 12 A -22167 y 22168, para el suministro de pañales y pañitos, éstos últimos elementos que se encuentra como NO POS.

En este estado de cosas, al constatar que el llamado de amparo por la situación apremiante que clama la progenitora del paciente menor disminuido mental y físicamente con un franco deterioro en sus condiciones de vida, para procurar sino un real mejoramiento de la situación médica, al menos sí sobrellevar una vida digna con paliativos que le intenten un mejor bienestar a dicho joven, ha sido conjurado de momento por las autorizaciones y suministros dados por la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL en cumplimiento de la medida adoptada por este Despacho judicial; por lo tanto, examinado lo acontecido *a priori* podría adoptarse decisión en el sentido que ha sido *superada* la urgente prestación de los servicios requeridos; sin embargo se advierte que ello no es suficiente si se analiza las condiciones en que se establece de los apartes de historia clínica se encuentra el menor KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO.

Efectivamente, al encontrarnos con un menor con discapacidad que goza de una *protección reforzada* en cuanto a su salud, bienestar y vida en condiciones dignas, que le deben procurar inicialmente la familia, seguidamente la sociedad y el Estado, por cuanto dicho trato preferencial se encuentra constitucionalmente abrigado, debido a su debilidad física y mental que lo hace más vulnerable aún. Por lo tanto, debe garantizarse desde ahora que las accionadas procedan a brindar todos los requerimientos y atenciones que requiera KEVIN JAVIER desde una óptica de ATENCIÓN INTEGRAL.

Adicionalmente, debe recordarse que al tenor del artículo 27 de la Ley 1098 de 2006 "*Todos los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a la salud integral*", entendiéndose por tal a voces del párrafo primero de dicha norma "la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes" (Lo resaltado y subrayado es del despacho).

Conclusión final:

Una vez analizada la jurisprudencia constitucional aplicable al caso estudiado, - se reitera - que a pesar que en este momento el obstáculo ha sido remediado temporalmente (conforme a los documentos allegados se constata que la Secretaría de Salud de Casanare autorizó el suministro de pañales desechables y pañitos húmedos) lo acontecido no puede calificarse como **hecho superado** por cuanto éste sólo se presenta cuando la entidad accionada hace el análisis del problema del usuario y ejecuta acciones tendientes a la solución definitiva del inconveniente logrando conjurar la amenaza, antes de que la persona afectada impetre la acción constitucional especial como última tabla de salvación; situación que en este caso no se presentó, ya que se advierte que fue necesario decretar una medida cautelar para lograr garantizar la autorización de suministro de pañales y pañitos húmedos y poder paliar temporalmente la falencia requerido por el menor disminuido en sus condiciones físicas y mentales.

En tal sentido, este operador judicial da por sentado y probado dentro del expediente que se reúnen todos los requisitos que la Honorable Corte Constitucional ha decantado sobre estas materias, a saber: (i) Que la falta del servicio amenace o vulnere el derecho a la salud, a la vida digna o a la integridad personal; (ii) Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí esté incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) Que el accionante o su familia no cuenten con capacidad económica para sufragarlo; (iv) Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico.

Conforme a lo examinado como garantía constitucional, la protección reforzada invocada se impone de plano, sin necesidad de consideraciones legales o reglamentarias pues está de por medio el derecho a la salud, al bienestar y vida en condiciones dignas del joven KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO, derechos de rango Constitucional fundamental de protección justamente por vía de tutela de conformidad con los artículos 44, 48, 49, 85 y 86 de la Carta Política de 1991; amén de que por tratarse de un joven menor de edad aún

discapacitado sus derechos prevalecen sobre los de otras personas. Precisamente, la acción de tutela la estableció el legislador para casos como el actual en donde no se tienen que discutir situaciones de orden legal reglamentario, sino verificar la existencia de la violación de un derecho o unos derechos constitucionales fundamentales y verificada tal violación como ocurre ahora en donde se dilató en el tiempo las órdenes dadas por el médico tratante y solo cuando se entera de la interposición de la tutela es que toman cartas en el asunto. Tampoco es de recibo por el Juzgado, lo argumentado por el apoderado del DEPARTAMENTO DE CASANARE en el sentido que el hecho de no suministrar estos elementos (pañales y pañitos húmedos) no ponen en riesgo la vida del paciente pese al criterio del galeno, pues señala que no ve como una persona puede perecer por no tener pañales y pañitos húmedos.

Este Despacho considera que no se está invocando como amenazado o vulnerado el derecho a la vida, pero sí otros derechos de raigambre constitucional, como la dignidad humana, a la seguridad social y la integridad personal, pues se trata de un menor de edad próximo a ser adulto que debido a su discapacidad física y mental debe tener un tratamiento preferencial, y que su madre cabeza de familia no posee los recursos para proveer esos elementos que sí son de mucha importancia para el afectado.

En conclusión, se tutelaré el derecho a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas del joven KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO para que, de una parte CAFESALUD como entidad prestadora del servicio de salud, proceda sin dilación alguna a autorizar y estar al tanto de los requerimientos conforme a lo ordenado por los facultativos que deban realizarse al mencionado joven, así como efectuarle todos los demás procedimientos, tratamientos y suministrarle los medicamentos que necesite, siempre que sean requeridos y de acuerdo al criterio indicado por el médico tratante dentro de una concepción de ATENCIÓN INTEGRAL.

En otro aspecto, para el suministro en lo sucesivo de lo relacionado a pañales, pañitos húmedos u otros elementos o servicios no incluidos en el POS, que requiera el joven KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO, atendiendo lo regulado en la Resolución No. 1479 del 6 de mayo de 2015 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, *"Por la cual establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado"*, que en su artículo 19 derogó la resolución No. 5073 de 2013, indica que las entidades territoriales deberán asumir los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud - POS- provistas a los afiliados al régimen subsidiado, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones - sector salud -. Por lo tanto se ordena a la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE suministrar los elementos, medicamentos y demás servicios que sean ordenados por el médico tratante a KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO y que se encuentren por fuera del POS.

No procederán costas, atendiendo los antecedentes y los resultados de la acción.

Conforme a lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política de Colombia,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho a la salud, a la seguridad social, a la integridad personal y a la vida en condiciones dignas del joven KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO, hijo de la accionante JACKELINE PACHECO FORONDA, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Empresa Promotora de Salud "CAFESALUD E.P.S.", que por intermedio de su Gerente y/o representante legal, proceda sin dilación alguna a autorizar y estar al tanto de los requerimientos conforme a lo ordenado por los facultativos que deban realizarse al joven KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO, así como efectuarle los demás procedimientos,

tratamientos y suministrarle los medicamentos que necesite, siempre que sean requeridos y de acuerdo al criterio indicado por el médico tratante dentro de una concepción de ATENCIÓN INTEGRAL.

TERCERO: ORDENAR a la SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE, sin dilación alguna suministrar los elementos, medicamentos y demás servicios que sean ordenados por el médico tratante al menor KEVIN JAVIER CASTAÑO PACHECO y que se encuentren por fuera del POS; conforme a lo dispuesto en la *Resolución No. 1479* del 6 de mayo de 2015 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por tratarse de afiliado al régimen subsidiado, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones – sector salud -.

CUARTO: Por Secretaria del Despacho en forma inmediata líbrense las comunicaciones para notificar la decisión por la vía más expedita, remitiendo copia de esta providencia al representante legal de CAFESALUD E.P.S. y al SECRETARIO DE SALUD DEPARTAMENTAL DE CASANARE.

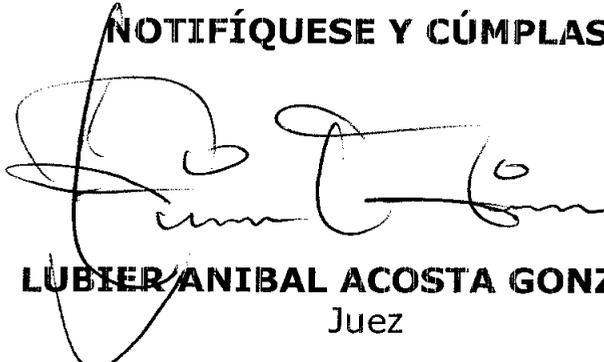
QUINTO: Comuníquese a la accionante como agente oficiosa del afectado y al señor agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho judicial.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Si esta providencia no fuere impugnada, sin perjuicio de su inmediato cumplimiento, remítase en el momento oportuno a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Se termina y firma siendo las 5:00 P.M.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE




LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez