



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Once (11) de Marzo de dos mil Veinte (2020)

RAD: 20001 40 03 004 2020 00017 00 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **JULIETH MILAGROS TIJARO LOZANO agente oficioso de LIA MILAGROS TIJARO LOZANO** contra **CAJACOPI E.P.S,** Derecho fundamental a la Vida en conexidad con el derecho a la Salud.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada CAJACOPI E.P.S., contra la sentencia de primera instancia de fecha 04 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Valledupar, Cesar, dentro del asunto de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción constitucional el agente oficioso de la parte accionante adujo, en síntesis, lo siguiente:

1. Su hija Padece de MIELOMENINGOCELE CORREGIDO E HIDROCEFALIA DERIVADA + RETRASO DEL NEURODESARROLLO.
2. A raíz de la patología que padece su hija, el médico especialista ordenó dentro del plan de tratamiento TERAPIA INTEGRAL + TERAPIA FONOAUDIOLOGICA + TERAPIA OCUPACIONAL INTEGRAL.
3. A fin de hacer efectivas las terapias que necesita la paciente, los gastos de transporte (ida y regreso) hasta el día de la interposición de este recurso no han sido autorizados los ya mencionados por parte de la EPS.
4. Actualmente, se hace sumamente indispensable y de urgente intervención la autorización requerida debido al deteriorado estado en que se encuentra la accionante.
5. Teniendo en cuenta el riesgo crítico para la salud que genera la omisión de las accionadas, se ha visto interrumpido el eventual tratamiento de LIA MILAGROS TIJARO LOZANO, quien se encuentra a la espera de los suministros necesarios para su

tratamiento y evitar perjuicios irremediables en su estado de salud.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicitó que se le tutele el derecho a la Salud en conexidad con el derecho fundamental a la Vida y, en consecuencia, se le ordene a CAJA COPI E.P.S, que en el término improrrogable de 12 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, autorice y hagan entrega inmediata de los gastos de transporte (ida y regreso) para ella y su respectivo acompañante, a fin de que se le puedan realizar la TERAPIA FISICA INTEGRAL + TERAPIA FONOAUDIOLOGICA + TERAPIA OCUPACIONAL INTEGRAL, tal y como fue autorizado dentro del plan de tratamiento en la IPS que presta el servicio a CAJACOPI EPS.

Así mismo, solicitó ordenar el respectivo TRATAMIENTO INTEGRAL, para tratar la patología, autorizando sin dilación alguna, las citas medicas con especialistas, exámenes, estudios científicos, medicamentos, procedimientos quirúrgicos, terapias y todo lo necesario para el restablecimiento de su salud.

Comedidamente tener en cuenta que, en caso de que los servicios que se requieran se presten en un lugar diferente al lugar de residencia o desplazamiento urbano, diario o regular en la semana, se autorice el transporte, alimentación y gastos de alojamiento para él y su acompañante.

En consecuencia, se ordene a CAJACOPI E.P.S., resolver de manera inmediata, de fondo y a favor de la accionante, la petición que se ha elevado, toda vez que de igual manera se encuentra vulnerado el derecho a la SALUD.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 04 de febrero de 2020, tuteló los derechos fundamentales parcialmente a la salud en conexidad a la vida digna, a JULIETH PAOLA LOZANO VEGA agente oficioso de LIA MILAGROS TIJARO, conculcado por CAJACOPI E.P.S.

En consecuencia, ordenó al representante legal de CAJACOPI E.P.S y/o quien haga sus veces que, si aún no lo ha hecho, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice el suministro de los gastos de transporte (ida y regreso) desde su residencia ubicada en la casa de campo "La Victoria", en la vía que de esta ciudad conduce al corregimiento de Sabana Crespo, hasta la sede del Centro de Rehabilitación y Educación de la Costa S.A.S con el fin de que la menor Lía Milagros Tijaro Lozano, junto con un acompañante asistan a la terapia física integral, terapia

5

fonoaudiología integral y a la terapia ocupacional integral, ordenadas por su médico tratante.

Así mismo, también ordenó a CAJACOPI E.P.S autorizar en favor de la menor Lía Milagros Tijaro Lozano el tratamiento médico integral que se encuentre dentro y fuera de la PBS, así como las valoraciones médicas, procedimientos, intervenciones quirúrgicas posteriores, medicamentos, servicios y productos que requieran, para el tratamiento integral de su enfermedad y las que de esta se desprendan o sobrevengan previa orden medica siempre que guarde relación con los hechos de la presente acción y las patologías descritas en los hechos de este amparo; sin perjuicio de las acciones a las que haya que lugar para recobrar ante la Secretaría de Salud Departamental del Cesar los gastos que no deba asumir.

Igualmente, ordenó al gerente y/o representante legal de CAJACOPI EPS que asuma los gastos de transporte y alimentación en favor de la menor LIA MILAGROS, junto con un acompañante, para aquellos eventos en que la entidad promotora de salud a la cual se encuentre afiliada la menor ordene su remisión para una ciudad diferente a ésta con ocasión a las patologías denominadas mielomeningocele corregido e hidrocefalia derivada y retraso del neurodesarrollo, con las que fue diagnosticada. Así mismo, que asuma los gastos de alojamiento siempre y cuando se requiera su permanencia por más de un día en el lugar donde sea remitida.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, el accionado impugnó el fallo de primera instancia para manifestar lo siguiente:

Manifiestan que, en el presente caso no se cumplen con los presupuestos jurisprudenciales para amparar dicha solicitud, en virtud de que se trata de derechos futuros e inciertos, cuyo cubrimiento implica una desventaja para otros pacientes generando, a su vez, un desequilibrio financiero.

En virtud de lo anterior, solicita que se revoque el fallo de tutela de primera instancia.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén

contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, limitación esta que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si la decisión del juez de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales vigentes para conceder el amparo a los derechos fundamentales de la accionante?

De otro lado, el principio de integralidad se define en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 de la siguiente forma:

"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

Al respecto, en la **Sentencia C-313 de 2014**, esta Corporación manifestó que el referido principio de integralidad es transversal en el Sistema de Salud y determina su lógica de funcionamiento, pues la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que *"está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado [con anterioridad] por este Tribunal"*. Preciso también que el principio de integralidad opera no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, de modo que se propenda para que su entorno sea tolerable y adecuado.

En síntesis, este principio comprende la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud de garantizar la autorización completa y oportuna de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología y para sobrellevar su enfermedad.

La Corte ha considerado que es posible solicitar por medio de la acción de tutela la garantía del tratamiento integral, cuando con ello se

6

pretende asegurar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Esta Corporación ha manifestado que el reconocimiento de dicho amparo requiere "(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr [superar o sobrellevar] el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable", precisando que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha identificado una serie de eventos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, cuando están en juego las garantías fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas. En estos casos, la Corporación ha reconocido que la atención integral debe ser brindada independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. Asimismo, la Corte ha sostenido que ante la existencia de casos excepcionales en los cuales las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones que los agobian.

Esta Corporación ha reconocido recientemente la garantía del tratamiento integral para menores de edad y adultos mayores, con la finalidad de protegerlos en su especial situación de vulnerabilidad, en especial cuando la E.P.S. ha actuado negligentemente en la prestación del servicio de salud. Tales son los casos presentados en la sentencia T-445 de 2017, en donde se reconoció tratamiento integral para dos menores con parálisis cerebral, de forma que se garantizara la provisión de insumos y servicios médicos, requeridos por los mismos, no contemplados en el POS.

A su vez, el artículo 11 de la citada Ley, reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser "limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica". En estos términos, se reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en materia de salud.

En particular, sobre la prestación del servicio de salud requerida por menores de edad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

En conclusión, tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional han sido claras en señalar el trato preferente que deben tener los menores de edad para la satisfacción de su derecho a la salud, razón por la cual todas las entidades prestadoras del servicio de salud deben respetar y garantizar de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita el acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares".

De conformidad con la Sentencia T-405/17:

Cobertura de transporte y alojamiento en virtud del principio de integralidad en salud. La capacidad económica del afiliado. Reiteración de jurisprudencia^[5]

La Corte Constitucional ha sostenido que aunque el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no constituyen servicios médicos^[6], hay casos en los cuales el acceso efectivo y real al servicio de salud depende de que se garantice el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención^[7].

Este Tribunal consideró en un principio que a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente a su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originaran por el transporte y la estadía debían ser asumidos por el paciente o su familia^[8]. No obstante, ha establecido como excepción a la anterior regla el caso de los usuarios que son remitidos a un municipio diferente de su domicilio^[9], cuando ni ellos ni su familia cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del transporte^[10].

En consecuencia, la Corte ha establecido que procede su protección excepcional a través de la acción de tutela cuando la falta de autorización del transporte afecte gravemente el goce efectivo del derecho a la salud. Sobre el particular, la sentencia T-760 de 2008 conceptuó:

*"La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación,^[11] ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar **tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida.***

Con posterioridad, en sentencia T-489 de 2014 se reiteró: *"(...) queda establecido que es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto** al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS. Esto dentro de la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad."*

En tal contexto, de conformidad con los pronunciamientos de esta Corporación^[12], se advierte que el servicio de transporte se encuentra incluido en el POS^[13] y, en consecuencia, debe ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que^[14]:

"i. Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido.

7

ii. Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante.

iii. Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia^[15]".

A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de **transporte** intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos^[16]:

"i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente^[17].

ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

iv. Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento."

En el mismo sentido, fueron establecidas tres situaciones en las que procede el amparo constitucional en relación con la financiación de un **acompañante** del paciente^[18], como se lee:

"i. el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento,

ii. requiera atención permanente para 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."

Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad y que se encuentran excluidos del plan de beneficios. Reiteración de jurisprudencia

El concepto científico del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud - Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-345/13:

En múltiples ocasiones, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han señalado que los usuarios del Sistema de Salud tienen el derecho constitucional a que se les garantice el acceso efectivo a los servicios médicos necesarios e indispensables para tratar sus enfermedades, recuperar su salud y resguardar su dignidad humana. Esto fue recogido por la **sentencia T-760 de 2008** en la regla: *toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud'*, pues lo que realmente interesa es si de aquel depende la dignidad y la integridad del peticionario y si el servicio ha sido ordenado por el médico tratante.

En esta línea, la Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, *prima facie*, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

Adicionalmente, la Alta Corporación guardiana de la constitución, ha manifestado en **Sentencia T-519/14**, lo siguiente:

"preciso resaltar que varios de los casos anteriormente enunciados, comparten situaciones comunes: primero, el médico tratante formuló un medicamento o tratamiento que se requería para garantizar la vida digna e integridad física de los accionantes; segundo, las entidades prestadoras de salud se negaron a suministrarlo debido a que no se encontraba contemplado en la lista del Plan Obligatorio de Salud; y tercero, los actores alegaron no tener la capacidad económica suficiente para acceder por ellos mismos a lo prescrito por el médico".

Sobre la base de aquellas situaciones la Corte construyó, con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señaló los siguientes:

"a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por

8

ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante".

"Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio "requerir con necesidad", que antes de la sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era "requerido" por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de "necesidad" del paciente".

Posteriormente, la Corte aclaró que "requerir un servicio y no contar con los recursos económicos para poder proveerse por sí mismo el servicio, se le denominará, 'requerir con necesidad'". En ella, aclaró el concepto de "requerir" y el de "necesidad". Respecto al primero señaló que se concretaba en que "a) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio y c) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Sobre el segundo dijo que (...) alude a que el interesado no puede costear directamente el servicio, ni está en condiciones de pagar las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del mismo se encuentra autorizada a cobrar (copagos y cuotas moderadoras), y adicionalmente, no puede acceder a lo ordenado por su médico tratante a través de otro plan distinto que lo beneficie."

"El criterio de la necesidad acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional. A ello se refirió este Tribunal cuando precisó que:

"toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona."

La **Sentencia T-760 de 2008**, se señaló que: "toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo", siempre que la persona no tenga la capacidad económica para asumir su costo.

Para determinar aquellos casos concretos en los que la entidad promotora de salud deberá otorgar la prestación requerida, aun cuando se encuentre

excluida del POS, esta Corporación ha establecido los siguientes requisitos, los cuales, como ya se dijo, fueron igualmente reiterados en la reciente **Sentencia C-313 de 2014**:

"(i) [Que] la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;

(ii) [Que] el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;

(iii) [Que] el interesado no pueda costearlo directamente, (...) y [que] no pueda acceder a [dicho] servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y

(iv) [Que] el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio".

Por lo demás, en lo que respecta al suministro de pañales desechables, la Corte ha indicado que por tratarse de un servicio expresamente excluido del POS, es necesario que se acrediten los requisitos previamente expuestos. No obstante, en algunos casos excepcionales, se ha ordenado su entrega sin prescripción médica, cuando las circunstancias ameritan que se autorice su suministro, siempre que se cumplan con estos dos requisitos:

(i) Que se evidencie la falta de control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona, o la imposibilidad de ésta para moverse sin la ayuda de otra. De comprobarse esta afectación, los pañales serían el único elemento apropiado para garantizar la calidad de vida del paciente.

(ii) Que se pueda probar que tanto el paciente como su familia no cuentan con la capacidad económica para sufragar el costo de los pañales desechables.

En consecuencia, en aras de garantizar el derecho a la vida digna de los pacientes que demandan el suministro de pañales desechables, se ha autorizado excepcionalmente su entrega sin orden médica, cuando la persona padece de alguna enfermedad que evidencie la necesidad de su suministro y el solicitante y su familia se encuentran en condiciones económicas precarias, con miras a poder sufragar su costo".

Sobre el tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia T-510/13, la cual ha manifestado lo siguiente:

Los derechos de las personas en situación de discapacidad a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas:

"En múltiples pronunciamientos esta corporación ha analizado la seguridad social y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales; no obstante, a la salud, como parte fundamental de la seguridad social, se le ha reconocido expresamente su carácter de derecho fundamental en sí mismo, ubicado como un mandato cardinal del Estado social de derecho.

Así, se ha ensamblado un sistema conformado por entidades y procedimientos dirigidos a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar orgánico y psíquico de los seres humanos, que se erige y garantiza con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, buena fe, continuidad y solidaridad, para la prevención,

9

promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados¹.

En virtud de ello, la Corte Constitucional ha asumido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente respeto al derecho a la salud, especialmente frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.), entre los que están los menores de edad, cuyos derechos tienen preeminencia (art. 44 ib.) y las personas en situación de discapacidad. De tal manera ha indicado²:

"El criterio anterior ha sido complementado y precisado por la propia jurisprudencia, en el sentido de señalar que, tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela."

Ese enfoque fue posteriormente desarrollado en términos como los siguientes³:

*"... la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas..."*⁴

En conclusión, la Corte ha señalado que 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. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales."

Bajo ese entendido, el ámbito de protección al derecho a la salud no solo cubre la garantía de la mera existencia física de la persona, sino que se proyecta a la parte psíquica y afectiva del ser humano. Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido la procedencia de la acción de tutela para amparar este derecho, cuando se identifica la "falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a

¹ T-128 de febrero 14 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

² T-420 de mayo 24 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³ T-144 de febrero 15 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

⁴ "Sobre el tema particular, consultar las sentencias: T-1384 de 2000, T-365A de 2006, entre muchas otras."

la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios"⁵.

Con relación a los servicios no incluidos en el POS, esta Corte ha decantado los criterios que permiten verificar en cada escenario, cuando se configura para una entidad de salud la obligación de autorizar un servicio no incluido en plan obligatorio de salud y, por ende, cuando la negativa a suministrarlo viola el derecho de acceso a los mismos⁶:

"(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) con necesidad el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo."

Con respecto que resolvió la corte:

"Recuérdese que el joven Marco Steven Jiménez Fajardo padece, entre otras severas afecciones, parálisis cerebral y retardo global del desarrollo, siendo palmaria la necesidad de paliar su condición, dotándole de instrumentos idóneos, como incuestionablemente lo es la silla de ruedas apropiada a su contextura, que permita el desplazamiento sin tener que llevarlo en brazos.

En cuanto a la penuria referida por María Mercedes Fajardo Letrado, viuda desde octubre 15 de 2007 (f. 22 ib.), con dos hijos menores de edad a cargo (uno de ellos Marco Steven), merece plena credibilidad, no solo por la presunción de buena fe y de veracidad, derivada esta de la falta de respuesta de Famisanar (art. 20 D. 2591 de 1991), sino por la humana inferencia de que, si tuviera cómo, ya le habría suministrado a su hijo la silla anhelada.

De otra parte, la evidencia de la situación de discapacidad, refrendada con la copia de la historia clínica y las fotografías, y la carencia de medios propios para desplazarse, al igual que la supremacía del derecho material, con la prevalencia emanada de la minoridad, suple con creces la falta de la prescripción médica, sobre algo que es un indispensable aditamento mecánico.

En consecuencia, será revocado el fallo proferido en junio 29 de 2012 por el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá, mediante el cual revocó el dictado en abril 23 del mismo año por el Juzgado 27 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, que acertadamente había concedido la tutela pedida por la señora María Fajardo Letrado, en representación de su hijo menor de edad Marco Steven Jiménez Fajardo, cuyos derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida digna deben ser amparados.

En tal virtud, se ordenará a Famisanar EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado,

⁵ T-999 de octubre 14 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10

dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, suministre a Marco Steven Jiménez Fajardo, por conducto de la señora María Mercedes Fajardo Letrado o quien ella indique, la orden para que le entreguen la silla de ruedas a la medida y con las especificaciones que se deriven de las condiciones especiales en las que se halla el referido menor de edad, a quien además la EPS accionada le seguirá prestando el tratamiento integral que requiera"

Protección especial a niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia Sentencia T-116A/13:

En apropiado desarrollo de la preceptiva constitucional, el derecho a la salud ha sido definido como fundamental en sí mismo, lo cual es particularmente claro tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, por expresa disposición de la carta, cuyo artículo 44 enumera como **derechos fundamentales de los niños** "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social", indicando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos".

Adicionalmente, en cuanto a las personas en situación de discapacidad, el artículo 47 de la Constitución ordena al Estado 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", lo cual deja en evidencia el propósito concreto del constituyente de promover la recuperación y la protección especial de quienes padecen disminuciones, incentivando así el ejercicio real y efectivo de la igualdad, de la que también gozan por expreso reconocimiento en el artículo 13 de la carta⁷.

Ahora bien, como respaldo al tratamiento especial del derecho fundamental per se a la salud de niños, niñas y adolescentes, existen varios instrumentos jurídicos internacionales que les otorgan estatus de sujetos de protección especial, entre los cuales se puede destaca

Concluye la Corte en lo siguiente:

"Bajo el anterior lineamiento, este tribunal constitucional ha sido consecuente en pro de quienes se encuentran en situación de retardo mental o déficit cognitivo, que están por ende en adicional vulnerabilidad y dificultad para ejercer sus derechos fundamentales, en tanto su particular realidad dista de la de congéneres que disfruten de aptitudes físicas naturales suficientes para participar activamente en sociedad y hacer valer sus derechos personalísimos, con mayor probabilidad de que les sean respetados.

Ahora bien, cuando es un niño quien padece tales condiciones, la protección constitucional especial de la que es destinatario se enfatiza en sus características inalienables, al concurrir las condiciones físicas que pueden dificultar el ejercicio de sus derechos fundamentales, con la

⁷ Cabe recordar que el artículo 13 superior ordena al Estado la protección especial de las personas que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta: "... 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."

prevalencia debida y la mayor exigencia para el Estado, la sociedad y la familia de asistirlo y protegerlo, en procura de un apropiado desarrollo.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado, sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en alguna circunstancia de discapacidad, que *"la situación de indefensión propia de su edad y condición agrega la derivada de su defecto psíquico y, por consiguiente, plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección. La Constitución impone, consciente de esta circunstancia, deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social"*.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para realzar la protección que debe otorgarse a niños, niñas o adolescentes, más aún si están en situación que les genere discapacidad, en tanto es patente la debilidad en que se encuentran, que amerita una protección especial que, de no otorgarse, conllevaría a la consolidación de inaceptable desigualdad, proscrita en la preceptiva superior"

SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

Para comenzar, la respuesta al problema jurídico se encamina de carácter positivo, puesto que LIA MILAGROS TIJARO LOZANO se encuentra en espera de la autorización de los gastos y tratamientos esencial y de vital importancia para su salud por consecuencia de su enfermedad, la EPS no puede sustraerse de su obligación como prestadora de servicios médicos ya que sobre ella recae la obligación principal de prestar estos servicios al usuario.

Así mismo, conforme la jurisprudencia citada, la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado de manera oportuna y eficaz a las personas, pues, contrario a ello, la situación eventualmente podría verse afectado por no tener acceso a la prestación de los servicios prescrito por su médico tratante de manera oportuna y eficiente.

Igualmente, mediante **la Sentencia T-760 de 2008**, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *"en lo que respecta a un ámbito 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."* Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015., en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

La salud al ser un derecho fundamental puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, dado que la accionante es menor de edad, las condiciones físicas, psíquicas y mentales de esta no se

encuentran en facultad para valerse por sí teniendo en cuenta no solo por la edad, sino por la patología que versa sobre la accionante.

Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar *"todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no"*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *"prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"*.

Así entonces, el tratamiento integral implica la obligación de no fraccionar la prestación del servicio, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo adecuado e ininterrumpido. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

Por tanto, es deber del Estado y de las entidades prestadoras del servicio público de salud asegurarles a los afiliados al sistema la continuidad en el tratamiento, cuidado y manejo de su enfermedad, siempre y cuando, con su retiro, se ponga en riesgo su calidad de vida e integridad. Además, la protección referida se refuerza en el principio de integralidad que enmarca el sistema y que supone que a los pacientes se les debe brindar la totalidad del tratamiento médico que demande su patología, en la buena fe, en la confianza legítima y en la eficiencia⁸.

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, **personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica**⁹.

Ahora bien, con respecto a la solicitud de gastos de traslados, este juez de tutela, de acuerdo a la situación fáctica y probatoria, la hoy accionante cumple con los requisitos de la jurisprudencia, según las pruebas aportadas es menester recalcar

⁸ Sentencia T - 016 de 2017.

⁹ Sentencia T - 196 de 2018.

se constató que tanto la madre como el padre de la menor se encuentran vinculados al Sistema de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado, es decir, hacen parte de la población vulnerable y por consecuencia requieren del auxilio estatal, convirtiéndose en una negación indefinida, además de ello, la actora según la historia clínica indica que la menor cuenta con tan solo 1 año de vida, por lo que es necesario de un acompañante, por lo tanto, existe la documentación clínica, por ende, no existe prueba que la actora cuente con los medios económicos para asumir el costo del traslado y el servicio de salud, por último, por la patología diagnosticada MIELOMENINGOCELE CORREGIDO E HIDROCEFALIA DERIVADA + RETRASO DEL NEURODESARROLLO, en caso de no efectuarse la remisión no existe duda que pone en riesgo su vida, el estado de su salud y la recuperación de la enfermedad por cuanto a las terapias se trate (Sentencia T - 259 de 2019).

Ahora bien, si en gracia de discusión el Plan Obligatorio de Salud se encontrara vigente, frente al interrogante de a quién le corresponde la prestación de los servicios No POS, ese Alto Tribunal ha dicho que:

(...) cuando se refiere al suministro de servicios médicos excluidos del POS del Régimen Subsidiado, la obligación principal, esto es, su satisfacción directa, recae principalmente en el Estado, dada la precaria situación económica y social en la que se encuentra la población afiliada a dicho régimen. Las normas que se refieren a la responsabilidad del Estado en las prestaciones de los servicios no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado son el Decreto 806 de 1998 y la Ley 715 de 2001. Del análisis de las mismas se derivan las obligaciones directas de las entidades territoriales de i) informarle al paciente el procedimiento que debe seguir para recibir la atención que requiere; ii) de indicarle de manera específica la institución encargada de prestarle el servicio y iii) de acompañarlo en el proceso que culmine con el efectivo acceso a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, jurisprudencialmente a la EPS-S se le ha impuesto la obligación de acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para el efectivo suministro de los requerimientos excluidos del POS. En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS-S, de manera excepcional, tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no POS. La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del POS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad, más aún cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza¹⁰. (Negritillas fuera de texto).

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

12

Así las cosas, en uno y otro evento (Existiendo o no POS) es la EPS-S quien debe asumir directamente la prestación del servicio, ello con la finalidad de propender porque el/la paciente sea atendido sin dilaciones y de forma inmediata para dar garantía a sus derechos fundamentales constitucionales.

Al respecto, la Sentencia T-531 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, expuso lo siguiente:

"Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

De acuerdo a lo anterior, es dable ordenar la atención integral, pues, tratándose de una niña de tan solo 09 meses de nacida, por lo que tiene derecho a recibir todos los servicios de salud sin ningún obstáculo administrativo y/o económico, pues, es una menor de edad, y los derechos de los niños prevalecen sobre los demás derechos.

Así las cosas, está acreditado que esta la agenciada es una niña de 9 meses de edad, con diagnóstico de HIDROCEFALO CONGENITO, NO ESPECIFICADO y MIELOMENINGOCELE CORREGIDO E HIDROCEFALIA DERIVADA y le ordenaron Terapias física, ocupacional, de lenguaje, física integral, fonoaudiológica sod y ocupacional integral, está claro y no cabe duda para este Juez de Tutela sobre la protección constitucional especial que le asiste a LIA MILAGROS TIJARO LOZANO, máxime que por el diagnóstico dado, la condición de edad actualmente con 09 meses de haber nacido, es un sujeto de especial protección constitucional, por lo tanto, los argumentos del escrito de impugnación, se respetan, sin embargo, no se comparten, pues, a todas luces resulta evidente y viable el amparo a los derechos fundamentales invocados con fundamento en la jurisprudencia citada.

En este orden de ideas, le asiste razón al juez fallador al amparar los derechos fundamentales a la actora, puesto que su condición de salud, al constatar la negación de los mismos, se considera que hay vulneración a los derechos fundamentales de la actora, además, los servicios de salud son ordenados por su médico tratante adscrito a la entidad el cual debe respetarse y tenerse en cuenta.

Sin más elucubraciones, teniendo en cuenta las jurisprudencias citadas y la historia clínica, es dable de proteger los derechos fundamentales, por lo tanto, se comparte los argumentos de la sentencia de primera instancia y se procede a Confirmar íntegramente la misma.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 04 de febrero de 2020, proferida Juzgado Cuarto Civil Municipal de Valledupar, Cesar por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMÁN DAZA ARIZA

Juez.