

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTÁ**

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.

Complejo Judicial de Paloquemao

Teléfono 3532666 ext. 71489

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por la señora **MARIA ALEJANDRA MURCIA CRUZ**, representante legal de la menor **DANIELA SALOMÉ PORRAS MURCIA**, contra el fallo de tutela proferido el 23 de noviembre de 2023, por el Juzgado 22 Penal Municipal con Función de Conocimiento, de esta ciudad, dentro de la acción de tutela adelantada contra **SALUD TOTAL EPS**.

SITUACIÓN FÁCTICA

1.-Relató la señora **MARIA ALEJANDRA MURCIA CRUZ**, que su hija D.S.P.M., de ocho años de edad, presenta diagnóstico de **hipoacusia neurosensorial profunda bilateral (enfermedad no transitoria catalogada como discapacidad)** recibiendo en el año 2020, un implante coclear bilateral. En revisión de componentes externos- cables y batería-, en septiembre de este año, el otólogo precisó que se encuentran deteriorados por el uso frecuente y desgaste normal, hecho que dificulta el óptimo funcionamiento del implante, por lo cual deben ser reemplazados, no obstante, la EPS SALUD TOTAL se niega a autorizar y entregar los accesorios, asunto que afecta su desarrollo neurosensorial y de contera vulnera el derecho a la salud de su descendiente en conexidad con los derechos fundamentales a la vida e integridad personal.

Resaltó que junto con su núcleo familiar reside en zona rural del Municipio de San Juan de Rioseco y no cuentan con recursos para asumir el costo de los repuestos del implante, toda vez que no tiene empleo y su esposo padece una enfermedad autoinmune -lupus eritematoso- que no le permite ser activo laboralmente.

Esta actuación constitucional fue allegada procedente de la oficina judicial mediante el aplicativo web, el pasado 5 de diciembre de 2023.

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

En sentencia proferida el 23 de noviembre de 2023, el Juzgado 22 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., negó el amparo solicitado por la señora **MARÍA ALEJANDRA MURCIA CRUZ**, como representante legal de D.S.P.M., frente a los derechos fundamentales a la salud y a la vida.

Sostuvo que D.S.P.M., es sujeto de especial protección constitucional, pues tiene ocho (8) años de edad y fue diagnosticada con *“hipoacusia neurosensorial profunda bilateral”*

Citó para negar el amparo la tutela T-133 de 2020.:

“Las pilas para audífonos no pueden ser entendidas como una tecnología en salud, en tanto no son una actividad, intervención, medicamento, procedimiento ni dispositivo médico o servicio que haga parte de la prestación del servicio de salud, por tratarse de elementos accesorios que por sí mismos no contribuyen a la recuperación o tratamiento de la enfermedad del paciente. Por otra parte, las pilas para audífonos tampoco forman parte del grupo de servicios complementarios, en tanto, no tienen la virtualidad de garantizar el goce efectivo del derecho, pues no mejoran o recuperan el estado de salud del paciente. (...)

En tratándose de menores de edad, las pilas para el dispositivo audífono deben ser asumidas, en primer lugar, por los padres, en virtud de sus obligaciones parentales, y subsidiariamente, con cargo a los subsidios que otorgue la entidad territorial correspondiente a la población vulnerable residente en su jurisdicción.”

De manera que tal como y como lo indicó la EPS accionada, les corresponde a los progenitores de D.S.P.M. asumir el costo de *“los componentes externos cables y batería del kit naida q70 marca advanced bionics”*.

Y aunque MARÍA ALEJANDRA MURCIA CRUZ indicó que no cuenta con los recursos económicos para suplir dicho gasto, pues vive en zona rural de San Juan de Rioseco – Cundinamarca, y su esposo *“tiene una enfermedad autoinmune que no le permite ser activo laboralmente”*, lo cierto es que no allegó ninguna prueba documental que soporte dichas afirmaciones. Al contrario, la accionada afirmó que D.S.P.M. se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria del régimen contributivo, y su aportante del grupo familiar es Cristian David Porras Escobar, quien reporta un ingreso base de liquidación de un millón ciento sesenta mil pesos (\$1.160.000)

Así las cosas, autorizar y entregar de *“los componentes externos cables y batería del kit naida q70 marca advanced bionics”* no resulta viable, pues se reitera, en criterio de la Corte Constitucional, el cual acoge este Despacho, por principio de solidaridad familiar son los padres de los menores quienes en primera medida deben asumir el costo de dichos elementos, pues aquellos elementos accesorios *“por sí mismos no contribuyen a la recuperación o tratamiento de la enfermedad del paciente”*.

DE LA IMPUGNACIÓN

La señora **MARIA ALEJANDRA MURCIA CRUZ**, manifestó su desacuerdo con la decisión tomada por el juez constitucional de primera instancia, argumentando lo siguiente:

-El hecho de que una familia, con dos de sus miembros con patologías crónicas verdaderamente incapacitantes, haga el esfuerzo de pagar su aporte a seguridad social para pertenecer al régimen contributivo con la intención de recibir un mejor servicio del que recibiría si fueran del régimen subsidiado, no debe convertirse en un acto discriminatorio o estigmatizante para que se pueda suponer que por ese hecho, cuentan con recursos económicos suficientes para su subsistencia, más allá del mínimo vital.

La consecución del dinero para el aporte de seguridad social se hace entre amigos y familiares que muy generosamente ayudan a la familia para tratar de solventar las necesidades básicas.

-No es cierto que las pretensiones del demandante sean de REPARACIÓN Y MANTENIMIENTO de la batería y los cables de los audífonos, como respondió la EPS, transformando completamente la intención del requerimiento, sino que se requiere **REEMPLAZO de los dispositivos externos del implante coclear** como unidad funcional

del equipo implantado, debido a que ya no funcionan por deterioro propio del uso continuo durante 3 años. Los profesionales tratantes y la empresa que dispensa los dispositivos auditivos citados y realiza el control y valoración periódica de su funcionamiento, coinciden en afirmar que los implantes no son funcionales por deterioro de los elementos que conforman la parte externa del implante. En el último control de los dispositivos emitido por SAN ROQUE, se manifiesta que **el equipo ya no es funcional** porque los cables son los que hacen que cargue la batería y sin la batería no funciona el implante porque tiene los pines de conexión rotos.

-Adicionalmente, los dispositivos requeridos si son dispositivos médicos y si hacen parte de del ámbito de la salud, toda vez que se relacionan en el artículo 57 y 87 de la Resolución 2808 de 2022, por la cual se establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la unidad de pago por capitación UPC. Adicionalmente se encuentran relacionados en las tablas referenciales MIPRES, en el aparte tipo de dispositivos médicos para uso humano, ítem 12 se contempla específicamente: INSUMOS DE COMUNICACIÓN ASISTIDOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD, lo que indica que este insumo hace parte de las prestaciones que pueden ser autorizadas

-Si bien es cierto, existe un principio de corresponsabilidad en Colombia contenido en el artículo 10 de la Ley 1098 de 2006, bajo el entendido de ser una suma de responsabilidades encargadas a la familia, la sociedad y el estado para que salvaguarden y garanticen los derechos de NNA, la defensa de derechos asignada a la familia, la sociedad y el estado no puede ser desconocida por los obligados a su materialización, pues ello es contrariar la disposición superior del artículo 44 y el artículo 10 del CIA –Código de Infancia y Adolescencia y frente a la cual la Corte Constitucional en sentencia T 301 de 2014 señaló que la familia, la sociedad y el Estado están obligados a disponer atención, cuidado y protección a los pequeños en forma mancomunada, sumatoria ésta a la que se denomina por ley división y reparto de responsabilidades. Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. En ese orden de ideas, si los padres no cuentan con recursos suficientes para costear tratamientos costosos, para sus hijos, es el sistema quién debe financiarlos con los recursos destinados para tal fin.

-Es muy importante tener en cuenta que el dispositivo implante coclear difiere mucho de un audífono y la EPS está incurriendo en un acto grave al tratar de confundir al juez diciendo que el costo por mantenimiento y reparación de los audífonos deben ser asumidos por los padres bajo el precepto de corresponsabilidad, cuando lo que se pide es el reemplazo de los componentes externos del implante coclear y tiene amparo para ser financiados con recursos especiales que no hacen parte del PBS. También es importante tener en cuenta que el costo comercial de los elementos cable y batería, componente externo del implante coclear, es cercano a los 7 millones de pesos. Por lo cual se recurre a la tutela ya que la familia no cuenta con recursos económicos para sufragar ese gasto, máxime cuando en este país, en las condiciones económicas que vive la mayoría, no es fácil reunir tal cantidad sin tener ingresos económicos sólidos, fijos o de fundamento.

-En múltiples visitas a San Roque, (la última el 11 de noviembre de 2023) entidad tercerizada que se encargada de la comercialización y revisión técnica de los componentes del sistema de implante coclear, se determina que los dos implantes presentan falla en la batería por ruptura de pines de conexión y poca durabilidad de la carga.

-El padre de la menor padece de Lupus eritematoso sistémico, enfermedad incapacitante que lo tiene postrado a una silla de ruedas por lo cual no es activo laboralmente. Ella es ama de casa y debo realizar labores de cuidado con su esposo e hija, trasladarlos a terapia y dispensar las atenciones que requieren para que no se desmejoren sus condiciones de vida, higiene, alimentación, movilidad y rehabilitación demandadas por sus condiciones patológicas respectivas.

-Se está vulnerando el derecho de persona con discapacidad a acceder a los procesos de habilitación y rehabilitación integral, al imponer barreras a sus necesidades y posibilidades específicas con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia de su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.

-La tecnología en salud que requiere cambio por deterioro **no son AUDÍFONOS** sino **IMPLANTE COCLEAR**, dispositivos completamente diferentes en su forma, función y objetivo terapéutico. Los audífonos son dispositivos externos que amplifican los sonidos para que puedan ser detectados por los oídos dañados moderando la intensidad del volumen. Son accesibles en el mercado a diferentes costos, fácilmente asumibles, en razón de costos. Los implantes cocleares son dispositivos electrónicos, complejos internos, que sustituyen la función del oído interno, implantados mediante un procedimiento quirúrgico especializado, alrededor de las partes dañadas del oído y estimulan directamente el nervio auditivo, por lo cual es de vital importancia para el desarrollo cognitivo integral de la menor en cuestión.

-Cabe destacar que la menor debe acudir a terapia de fonoaudiología ocho veces al mes, lo que implica un desplazamiento de más de 90 kms desde el municipio de residencia hasta la ciudad de Bogotá.

-Si bien es cierto que los accesorios por si mismos no contribuyen a la recuperación o tratamiento de la enfermedad del paciente, *hacen parte del equipo de audición especializado*, ya que, sin los accesorios para cargar la pila, el equipo no funciona. En otras palabras, el cargador y la batería en el implante coclear cumple las mismas funciones de un cargador y cable para un teléfono celular o de un computador ya que la pila agotada no se puede cargar si no se tiene el cable. Aunque el dispositivo implantado en el oído medio es una ayuda técnica, para acceder al lenguaje oral por vía auditiva, no va a recuperar su capacidad auditiva natural, de ahí la importancia de que la EPS suministre y garantice el óptimo funcionamiento del implante, ya que la discapacidad auditiva o sensorial puede desencadenar otras discapacidades correlacionadas como intelectual, cognitiva, psicosocial, actitudinal y física que en el corto y largo plazo pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás, al quedar completamente aislada de entorno por la disfuncionalidad del implante, lo cual es sumamente grave toda vez que los déficits auditivos permanentes restringen enormemente el desarrollo del habla y el lenguaje de la niña y obstaculizan su funcionamiento conductual, cognitivo y social

Por lo anterior, solicitó reconsiderar la decisión de instancia, haciendo acopio de las circunstancias de salud, económicas y sociales de su familia para el amparo constitucional por evidente vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad, el derecho a la salud de su hija.

Allegó, soporte de orden de terapias, certificado de discapacidad de su compañero e historia clínica de esté.

CONSIDERACIONES

➤ PROBLEMA JURÍDICO:

Verificar si para el caso, es procedente ordenar el suministro de unos elementos complementarios de un implante coclear, no cubiertos por el PBS, a una menor de edad que padece de *hipoacusia neurosensorial profunda bilateral*.

DERECHOS DE LOS NIÑOS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

El artículo 49 Superior dispone que la atención en salud es un servicio público y un derecho económico, social y cultural que el Estado debe garantizar a las personas asegurando el acceso a su promoción, protección y recuperación. Adicionalmente, el artículo 44 constitucional establece que “*son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)*”, y la prevalencia de estos frente a los derechos de los demás.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, que ningún infante debe ser privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios y los Estados deben asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria necesaria a todos los niños, haciendo énfasis en la atención primaria de salud.

En sede jurisprudencial, la Corte ha establecido en diversas ocasiones el carácter de fundamental del derecho a la salud de los niños pues este contiene un núcleo esencial con aplicación inmediata independiente del estado de su desarrollo legislativo. En este sentido sostuvo la Corte en sentencia SU-225 de 1998 que:

“Del artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. (...) Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela.”

Como puede verse, desde sus inicios la Corte ha reconocido la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños por mandato directo del artículo 44 de la Carta, de manera que es exigible través de la acción de tutela.

Ahora bien, esta protección especial otorgada a los niños se justifica en que “*la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables*”¹. Esto es así, pues el constituyente buscó promover un Estado Social de Derecho donde se atendieran especialmente las necesidades de las personas más vulnerables, entre las que se encuentran los niños.

En concreto, el carácter de debilidad manifiesta implica un mandato directo del inciso 3° del artículo 13 constitucional como protección a las personas que requieren de la protección del Estado, la sociedad y la familia -en el caso de los niños-, para la satisfacción de sus derechos. Así, la Corte ha reconocido en diversas ocasiones que una persona en situación de debilidad manifiesta implica para el Estado la adopción de acciones afirmativas o la generación de prohibiciones específicas a las autoridades o particulares para intervenir en sus derechos.

En relación con los niños, la debilidad manifiesta implica que estos son acreedores de una protección reforzada de parte de las autoridades públicas, la comunidad y su núcleo familiar no “*se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de enfrentar por si solo*”², sino que también al buscar el efectivo acceso de los niños a los derechos consagrados en la Constitución al garantizar las “*condiciones que les permitieran crecer en libertad e igualdad*”³.

¹ Sentencia SU-225 de 1998. Véanse también las recientes sentencias T-402 de 2018, T-010 de 2019 y T-117 de 2019.

² Sentencia SU-225 de 1998.

³ *Ibidem*

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1751 de 2015⁴ se reiteró en el literal f) del artículo 6^o la prevalencia del derecho fundamental a la salud de los menores de edad y se dispuso su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo a los diferentes ciclos vitales. Además, por medio de esta Ley también se determinó que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no puede estar limitada bajo ninguna restricción administrativa o económica. En estudio de la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de salud, la Corte sostuvo en sentencia C-313 de 2014: *“El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad.*

“Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos (...).”

Así, el carácter de fundamental del derecho a la salud de los niños, que era reconocido así desde 1991, adquiere una protección adicional en la ley estatutaria de salud. Esto se ve reforzado por pronunciamientos posteriores en la materia por parte de la Corte, como la sentencia T-117 de 2019 donde indicó que:

“Cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: ‘En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud’”⁶.

Como puede verse, la Corte continúa ampliando la línea jurisprudencial respecto al derecho a la salud de los niños, enfocándose en la importancia de su adecuado desarrollo físico y mental y realizando una interpretación garantista del derecho interno e internacional.

En este sentido, cualquier consideración en lo referente a la atención en salud de los niños debe verse determinada por la fundamentalidad de su derecho, la prevalencia de este sobre los derechos de los demás y la amplia jurisprudencia de la Corte en la materia encaminada a reconocer la protección reforzada de los menores de edad en lo referente a la satisfacción de sus derechos.

DE LA PRCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL SUMINISTRO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS)

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios, se ha precisado por la Corporación Constitucional⁷ que el derecho a la salud,

⁴ Ley estatutaria de salud.

⁵ Ley 1751 de 2015. Artículo 6°. *“f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”*

⁶ Esta referencia se hace reiterando lo expuesto en sentencia T-196 de 2018. Otros pronunciamientos posteriores a la ley estatutaria de salud en la materia son las sentencias T-402 de 2018 y T-010 de 2019. ¹⁷ Ministerio de Salud y Protección Social.

⁷ Ver, entre otras, sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del sistema de seguridad social se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte Constitucional ha admitido que el POS hoy PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del POS, en la medida en que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del POS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

Por lo anterior, como lo resaltó la **sentencia T-017 de 2013**⁸, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del POS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la **sentencia T-760 de 2008**⁹, resumió *las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas* en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos no previstos en el POS con el fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

De hecho, esta sentencia puntualiza además que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el POS, no implica *per se* la modificación de dicho plan, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que se busca es el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del POS, continuarán por fuera de éste y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

⁸ Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹ Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

La Corte Constitucional ha señalado puntualmente en relación con la primera *subregla*, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad propio del Estado Social de Derecho.

De esta manera, se ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de unas condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte¹⁰, sino que su protección exige además asegurar una calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo dispuesto en la Carta Política.

En torno a la segunda *subregla*, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el POS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En relación con esto, se ha señalado¹¹ que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del POS.

En cuanto a la tercera *subregla*, esto es, que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, se ha sostenido que:

*Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

*Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

Finalmente, en torno a la cuarta *subregla*, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, se ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA-, sólo puede asumir aquellas cargas que por real incapacidad, no puedan costear los asociados. Así, en estos casos se deben analizar las condiciones socio económicas específicas en las que el interesado se encuentre y las obligaciones que sobre él recaigan, con el fin de determinar si el costo del servicio “*afecta desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona*”¹².

De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema.

➤ DEL CASO CONCRETO:

La agente oficiosa presentó acción de tutela contra la EPS SALUD TOTAL, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física de su

¹⁰ Cfr. T- 829 de octubre 5 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-155 de marzo 2 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1219 de diciembre 12 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T- 899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹ T-873 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹² Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

hija menor de edad, generada por la negativa de aprobar los insumos y elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del implante coclear, que se encontraron en desuso o dañados, tal y como se advierte de la revisión efectuada el 11 de septiembre de 2023.

SALUD TOTAL EPS, expresó que lo solicitado por la usuaria corresponde a repuestos de implante, los cuales no hacen parte de la cobertura del PBS y en esa medida, no pueden ser autorizados, siendo del resorte del interesado su adquisición.

La niña DSPM tiene ocho años de edad, presenta un diagnóstico de **hipoacusia neurosensorial profunda bilateral**, con implante coclear en ambos oídos desde el 2020, a quien en revisión de componentes externos, el 11 de septiembre de 2023, se le halló cables y baterías sin funcionamiento adecuado, por lo se dispuso el suministro de 2 cables y 2 baterías con indicaciones específicas, para el buen funcionamiento del implante, dejándose la observación que tales dispositivos no están cubiertos por el PBS y, la madre de la niña afirmó que no cuenta con recursos económicos suficientes para asumir los gastos en que debe incurrir para el cuidado de la menor de edad, pues no cuenta con empleo ni ingresos, debido a que también el progenitor de la infante, padece de una enfermedad grave que lo tiene en condición de discapacidad.

Al analizar los presupuestos fijados por la Corte Constitucional para determinar si procede el suministro de los elementos antes citados no incluidos en el Plan de Beneficios, todos se cumplen:

1º. “Que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad”

A partir de las historias clínicas y ordenes de revisión aportadas se evidencia que la menor de edad DSPM presenta disminución de su sistema auditivo, lo que puede generar un daño irreparable en su proceso de adaptación y de inclusión académica, su desarrollo social, emocional, psicológico y afectivo y, además, por cuanto las personas que sufren algún grado de pérdida de audición requieren rehabilitación debido al problema de salud auditiva, por ello el implante coclear es el único dispositivo médico capaz de sustituir este sentido, pues imita la función auditiva natural del oído interno para transmitir los sonidos hasta la corteza auditiva y en esa medida los insumos y elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del implante coclear deben estar en perfectas condiciones es por ello que los especialistas en otorrinolaringología y otología, precisan que cualquier paciente tiene derecho a recibirlos, máxime cuando en vigencia del Decreto 2808 de 2022, el implante coclear ya se encuentra dentro del PBS.

2º. “Que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad”.

En atención a los padecimientos de la menor, requiere el cambio de los componentes externos- cables y batería- del implante coclear, pues en septiembre de este año, el otólogo precisó que se encuentran deteriorados por el uso frecuente y desgaste normal, hecho que dificulta el óptimo funcionamiento del implante, y por ende, de la audición de la menor, sin que esos implementos puedan ser sustituidos por otros previstos en el Plan de Beneficios de Salud.

3.- “Que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente”

El cambio de los referidos insumos, fue ordenado por el médico tratante, por estar deteriorados por el uso:

TI - 1073578509 - DANIELA SALOME PORRAS MURCIA Fecha Impresión: 21/09/2023 09:40

 Clínica Nogales S.A.S
NIT - 900291018 - 4
Trasversal 23 No 94A 39 - 5937000 - Bogotá - Colombia

Consulta Externa

8903820400 - CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN OTORRINOLARINGOLOGIA-OTOLOGIA

DATOS HISTORIA CLÍNICA

IDENTIFICACIÓN DEL PACIENTE

Tipo identificación: TI Número de identificación: 1073578509 Fecha nacimiento: 25/12/2014 Nombre paciente:
DANIELA SALOME PORRAS MURCIA Edad: 8 Años/8 Meses/27 Dias Género: Femenino Estado civil: Soltero
Ocupación: No aplica Teléfono domicilio: 0 Dirección: CL 18 N 98 24 BRR FONTIBON. Nombre convenio: SALUD
TOTAL POS AMB Nombre cliente - EAPB: SALUD TOTAL EPS-S S.A

RIPS CONSULTA

Fecha registro: 21/09/2023 09:28 Fecha atención: 21/09/2023 09:28 Ambito de atención: Ambulatorio Número de
autorización: 80899-2354426756 Causa externa: Enfermedad General Finalidad de la consulta: No Aplica

ANAMNESIS Y REVISIÓN POR SISTEMAS

ANAMNESIS

CONSULTA

Motivo de la Consulta: CONTROL
- IMPLANTE COCLEAR BILATERAL Enfermedad Actual: ANTECEDENTE:
- 11/11/19 IMPLANTE COCLEAR BILATERAL

EN COMPAÑIA DE LA ABUELA PATRICIA ESCOBAR.
ANTECEDENTE D EMENINGITIS CON POSTERIOR PERDIDA AUDITIVA RAZON POR LA CUARL SE REALIZA IMPLANTE
BILATERAL EN 2019
FAMILIAR REFIERE ADECUADA EVOLUCION. PROGRESO EN LECTOESCRITURA.

HACE UN MES IMPLANTE OIDO DERECHO VIENE PRESENTANDO FALLAS POR BATERIA Y POR CABLE RAZON POR LA
CUAL PACIENTE ESCUCHA CON INTERFERENCIA
ACUDE CON VALORACION POR SAN ROQUE 18/09/23 DONDE RESPORTAN:
OIDO DERECHO:
ACCESORIOS CABLE Y BATERIA 230 SIN FUNCIONAMIENTO, ACCESORIOS ACTUALMENTE ESTAN FUERA DEL PERIODO
DE GARANTIA
OIDO IZQUIERDO: ACCSERIOS CABLE Y BATERIA 230 SIN FUNCIONAMIENTO, ACCESORIOS ACTUALMENTE ESTAN
FUERA DEL PERIODO DE GARANTIA

ANTECEDENTES

Patológicos: NIEGA Quirúrgicos.: NIEGA Familiares.: NIEGA Transfusionales*: NIEGA Alergias.: NIEGA
Toxicológicos.: NIEGA Farmacológicos.: NIEGA

RECONCILIACIÓN MEDICAMENTOSA

Toma medicamentos previo al ingreso? casa/servicio: No El paciente o su familia conoce los medicamentos.:
Reconciliación de medicamentos al Ingreso: NO

GINECO OBSTÉTRICOS

Ultima CCV: Gestaciones: 2 Partos: 0 Cesáreas: 2 Abortos: 0 Vivos: 1 Mortinatos: 0

EXAMEN FISICO

PAG. 1.0

EXAMEN FÍSICO

SIGNOS VITALES Y DATOS CORPORALES

Tensión arterial sistólica: 120 Tensión arterial diastólica: 86 Tensión Medía: 97.33 Frecuencia cardíaca: 70
Frecuencia respiratoria: 20 Dolor (EVA): 0 Peso: 30.00 Kilogramos Talla: 1.13 Metros Índice de masa corporal:
23.49 Estado general: Adecuado Cabeza y Cuello: OTOSCOPIA BILATERAL NORMAL Piel y Faneras: NORMAL
Torax: Normal Cardíopulmonar: NORMAL Abdomen: NORMAL Genitourinario: NORMAL Extremidades:
NORMAL Neurológico: NORMAL

PARACLINICOS

Imágenes Diagnósticas: No trae Laboratorios: NO HAY RECIENTES-

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA

DIAGNÓSTICOS

Principal Ingreso: H903 - Hipoacusia neurosensorial, bilateral Tipo principal: Impresión Diagnóstica,

PLAN DE ESTUDIO Y MANEJO

DEMANDA INDUCIDA

Se remite a IPS de primer nivel: No Programa de cronico: Cuales::

IDENTIFICACIÓN DE FACTORES DE RIESGO

Riesgos transversales en la Consulta: Cual?: N/A Plan de manejo de Riesgo: No aplica

PLAN DE ESTUDIO Y MANEJO

Análisis: DE ACUERDO AL REGLAMENTO DE INSUMOS CUBIERTOS POR PBS NO SE ENCUENTRAN INSUMOS CUBIERPOS
POR EL TIEMPO (HASTA EL MOMENTO 4 AÑOS) SIN EMBARGO PACIENTE REQUIERE ISUMOS MENCIONADOS PARA
GARANTIZAR AUDICION Análisis y Plan de Manejo: CITA DE CONTROL ABIERTA Educación al paciente y la familia:
SE EXPLICA A PACIENTE QUIEN REFIERE NETNDR

DESTINO DEL PACIENTE

Destino del Paciente:: Control

ORDEN DE CONSULTA:	Cantidad
21/09/2023 09:39 - ORDEN DE CONSULTA - OTOLOGIA - JOSE AGUSTIN CARABALLO ARIAS	
8902821000 CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OTOLOGIA	1

José Agustín Caraballo
JOSE AGUSTIN CARABALLO ARIAS RM 1126420362
N° de registro: 1126420362
OTOLOGIA OTOLOGIA

4.- *“Que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”*

En este caso, situación socio económica del núcleo familiar de la actora es precaria, pues ha manifestado de manera enfática, que no tiene ingresos, pues no puede acceder a un empleo como quiera que no solo debe dedicarse exclusivamente al cuidado de su hija discapacitada auditivamente, sino de su esposo, quien también se encuentra certificado como discapacitado por padecer lupus eritematoso, de manera que, si tuviera que asumir el costo económico de los accesorios no previstos en el PBS, le afectaría su mínimo vital.

Adicionalmente, la EPS no pudo desvirtuar la falta de capacidad económica de los padres de la menor, sino que se limitó a expresar que el cotizante aporta sobre la base de un salario mínimo, ingresos que en criterio del Juzgado, son precarios porque solo permite la supervivencia con afujías económicas de la familia de la menor.

Por todo lo anterior, al cumplirse con los requisitos fijados por la jurisprudencia para que proceda el suministro de los insumos no incluidos en el plan de beneficios, se **revocará** la sentencia del 23 de noviembre de 2023, se ampararán los derechos fundamentales a la salud y a una vida digna de la menor, y se **ordenará** al representante legal de SALUD TOTAL EPS, so pena de la sanción de arresto y multa por desacato y de la respectiva investigación por el delito de fraude a resolución judicial, que asuma el cargo económico del cambio de los COMPONENTES EXTERNOS - cables y batería-, DEL IMPLANTE COCLEAR BILATERAL, los cuales encuentran deteriorados por el uso, para lo cual se le otorga un plazo improrrogable de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación del fallo.

Finalmente, no se ordenará el recobro ante el ADRES por el suministro de servicios y/o tecnologías no prevista en el PBS, en atención a lo señalado por la Corte Constitucional, en la sentencia T-760/2008:

“... En conclusión, en la presente providencia se adoptarán varias órdenes en relación con las reglas de reembolso dirigidas al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga con el fin de que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales, sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos en el sistema. Dentro de estas medidas por lo menos se tendrán en cuenta las siguientes, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela, por iniciativa del CTC correspondiente: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o el recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa “Principio activo en POS” cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en esta providencia”.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO LEY 600 DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República,

RESUELVE:

PIMERO. REVOCAR la sentencia del 23 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado 22 Penal Municipal con Función de Conocimiento, de Bogotá, mediante la cual se negó el amparo solicitado por la señora **MARIA ALEJANDRA MURCIA CRUZ**, en favor de su menor hija **DANIELA SALOMÉ PORRAS MURCIA**. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la menor de edad.

SEGUNDO. ORDENAR al representante legal de SALUD TOTAL EPS, so pena de la sanción de arresto y multa por desacato y de la respectiva investigación por el delito de fraude a resolución judicial, que asuma el cargo económico del cambio de los COMPONENTES EXTERNOS - cables y batería-, DEL IMPLANTE COCLEAR BILATERAL que tiene la menor **DANIELA SALOMÉ PORRAS MURCIA**, los cuales encuentran deteriorados por el uso, para lo cual se le otorga un plazo improrrogable de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación del fallo.

TERCERO. ORDENAR remitir al juzgado de primera instancia una copia de este fallo, para su conocimiento y para que lo haga cumplir, al email: j22pmcibt@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO. ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla sin demora a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

La notificación a las partes, se debe hacer a los siguientes emails:

ACCIONANTE: kcha0823@gmail.com

SALUD TOTAL EPS: notificacionesjud@saludtotal.com.co

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ

JUZGADO 49 PENAL DEL CIRCUITO LEY 600