



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2022-00009-00

ACCIONANTE: MAYERLIN FONTALVO VILLAMIL, en calidad de agente oficioso del niño ALEJANDRO TIRADO FONTALVO

ACCIONADOS: NUEVA EPS

DERECHO: SALUD

Barranquilla, dieciocho (18) de febrero de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por la señora MAYERLIN FONTALVO VILLAMIL, en calidad de agente oficioso del niño ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, en contra de la NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y a la vida digna.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. La accionante manifestó que el niño ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, se encuentra afiliado a NUEVA EPS en el régimen contributivo como beneficiario, al niño le fue diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista TEA, diagnóstico que, por su edad, hace que dependa aún más totalmente de mis cuidados como madre, en consecuencia, es sujeto de especial protección del estado. Así mismo, venía recibiendo por parte de prestadores de la NUEVA EPS la autorización de servicios de salud
2. A través de atención en la especialidad de Neurología Pediátrica, realizada por el Dr. CARLOS ENRIQUE HERNÁNDEZ LEMBER RM NO. 0841/2010, adscrito al prestador NEUROESTIMULAR, el profesional de la referencia procedió a ordenar los siguientes servicios: TERAPIAS COMPORTAMENTALES 120 SESIONES/MES QUE INCLUYA FONOADUIOLOGÍA, SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TERAPIA OCUPACIONAL 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) PSICOLOGÍA 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TRATAMIENTO MENSUALES POR 6 MESES, RESONANCIA MAGNÉTICA CEREBRAL SIMPLE BAJO SEDACIÓN, VALORACIÓN POR GENÉTICA.
3. La NUEVA EPS asignó al prestador CENTRO DE DIAGNÓSTICO Y REHABILITACIÓN IPS LTDA., los servicios ordenados por el Especialista en

Neurología Pediátrica, no obstante, a través Terapia Ocupacional, se determinó que este prestador únicamente cuenta con los servicios de terapias convencionales, las cuales me permito manifestar a su despacho, no cumplen con los criterios de pertinencia y racionalidad pertinentes ordenados por el Esp. en Neurología Pediátrica para el tratamiento de mi Hijo.

4. En razón a los ordenamientos de la referencia y a la negativa de NUEVA EPS en asignar un prestador competente que suministre las terapias ordenadas, presentó petición ante el asegurador, donde solicitó de forma respetuosa se procediera a la autorización de los servicios y agendamiento de los mismos con prestador dentro de su red de atención, en consecuencia, NUEVA EPS dio respuesta negativa a la solicitud manifestó que los servicios ordenados corresponden a EXCLUSIONES del PBS, en consecuencia no podían proceder a su autorización y asignación de prestador debidamente habilitado para suministrar los servicios, negando la atención en salud ocasionando una clara barrera de acceso a los servicios de salud de los cuales mi Hijo tiene derecho.
5. Es menester aclarar que el fin de las TERAPIAS COMPORTAMENTALES y las especialidades ordenadas es el mejoramiento de la calidad de vida del menor, en razón a que estas buscan identificar y modificar las creencias disfuncionales que producen malestar psicosocial, para lograr llevar una vida funcional, generando en el menor versatilidad en su día a día, por el contrario; no llevarlas a cabo, constituiría una clara vulneración al menor y afectaría de forma permanente su estado de salud

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se: *“...SE ORDENE a la accionada, en al auto admisorio de la presente acción de amparo de sus derechos fundamentales, ORDENAR DE MANERA INMEDIATA SERVICIO DE TERAPIAS COMPORTAMENTALES 120 SESIONES/MES QUE INCLUYA FONOADUIOLOGÍA, SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TERAPIA OCUPACIONAL 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) PSICOLOGÍA 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TRATAMIENTO MENSUALES POR 6 MESES, RESONANCIA MAGNÉTICA CEREBRAL SIMPLE BAJO SEDACIÓN, VALORACIÓN POR GENÉTICA, ordenados por el Dr. CARLOS ENRÍQUE HERNÁNDEZ LEMBER RM No. 0841/2010 adscrito al prestador NEUROESTIMULAR ...”*

IV. PRUEBAS

La parte actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

1. Historias clínicas.
2. Ordenes de Terapias
3. Respuesta a la petición NUEVA EPS.

4. Petición radicado ante NUEVA EPS.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el día 14 de febrero de 2022, ordenó notificar a las accionadas, y la vinculación de la ENTIDAD NEUROESTIMULAR I.P.S., BIENESTAR I.P.S., CENTRO DE DIAGNÓSTICO Y REHABILITACIÓN IPS LTDA. debido al interés que pueden tener en el presente trámite, para que rindan un informe sobre los hechos depuestos, por cuanto la decisión adoptada dentro puede repercutirlo o afectarlo.

Se concedió como medida provisional lo siguiente: “...ORDENAR DE MANERA INMEDIATA SERVICIO DE TERAPIAS COMPORTAMENTALES 120 SESIONES/MES QUE INCLUYA FONOADUIOLOGÍA, SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TERAPIA OCUPACIONAL 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) PSICOLOGÍA 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TRATAMIENTO MENSUALES POR 6 MESES, RESONANCIA MAGNÉTICA CEREBRAL SIMPLE BAJO SEDACIÓN, VALORACIÓN POR GENÉTICA, ordenados por el Dr. CARLOS ENRIQUE HERNÁNDEZ LEMBER RM NO. 0841/2010 adscrito al prestador NEUROESTIMULAR...”

BIENESTAR IPS S.A.S., manifestó a través de su representante legal: “...en atención a las pretensiones esbozadas por la accionante nos permitimos informar que una vez consultado el Historial Clínico de atenciones a nombre del menor ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, se constata autorización del servicio de Resonancia Magnética del Cerebro Simple, el pasado 12 de octubre de 2021, con el prestador Clínica General del Norte, estudio que fue realizado de forma satisfactoria... Adicionalmente, se constata agendamiento de cita en la Especialidad de Genética a nombre del menor ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, el pasado 15 de diciembre de 2021, con el prestador Genetistas Asociados, cita en la cual el menor fue atendido satisfactoriamente, así mismo; en la consulta de la referencia el profesional determinó como conducta a seguir; Control en la especialidad dentro de tres (3) meses...Visto lo anterior, se constata, que BIENESTAR IPS S.A.S ha colocado a disposición del usuario todos los recursos físicos y profesionales con los cuales contamos, por lo que no existe negación en la prestación de los servicios ni barreras de acceso, cumpliendo de esta forma con la oportunidad en el ordenamiento de los estudios y frecuencia de acuerdo con la normatividad vigente...”

NUEVA EPS, indicó: “...Previo a hacer una manifestación respecto de las pretensiones del accionante es preciso indicar que NUEVA EPS PRESTA LOS SERVICIOS DE SALUD DENTRO DE SU RED DE PRESTADORES Y DE ACUERDO CON LO ORDENADO EN LA RESOLUCION 2292 de 2021 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES, POR TAL MOTIVO LA AUTORIZACIÓN DE MEDICAMENTOS Y/O TECNOLOGÍAS DE LA SALUD NO CONTEMPLADOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD, LAS CITAS MÉDICAS Y DEMAS SERVICIOS SE AUTORIZAN SIEMPRE Y CUANDO SEAN ORDENADAS POR MÉDICOS PERTENECIENTES A LA RED DE NUEVA EPS. Teniendo en cuenta lo anterior, no es procedente generar la autorización del servicio RESONANCIA MAGNETICA DE CEREBRO por parte de NUEVA EPS, de manera arbitraria, sin un soporte médico vigente que lo respalde, por tanto, en aras de dar cumplimiento

a lo ordenados en la medida provisional y a lo requeridos por el paciente el área técnica en salud procedió a solicita a la IPS PRIMARIA UMA NORTE programación para CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN GENÉTICA MÉDICA con la finalidad que determine el plan de manejo aplicar al agenciado. UNA VEZ SE OBTENGA EL RESULTADO DE DICHAS LABORES, SE PONDRÁN EN CONOCIMIENTO DE SU SEÑORÍA A TRAVÉS DE RESPUESTA COMPLEMENTARIA. EN CUANTO A LAS TERAPIAS COMPORTAMENTALES 120 SESIONES/MES QUE INCLUYA FONOAUDIOLOGÍA, SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TERAPIA OCUPACIONAL 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) PSICOLOGÍA 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TRATAMIENTO MENSUALES POR 6 MESES, RESONANCIA MAGNÉTICA CEREBRAL SIMPLE BAJO SEDACIÓN, VALORACIÓN POR GENÉTICA, ordenados por el Dr. CARLOS ENRIQUE HERNÁNDEZ LEMBER RM NO. 0841/2010 adscrito al prestador NEUROESTIMULAR. Me permito resaltar al Despacho que dichos servicios fueron prescritos para el 10 de mayo de 2021, evidenciándose así un tratamiento desactualizado al diagnóstico que presenta en la actualidad el menor ALEJANDRO TIRADO FONTALVO. Que se DENIEGUE POR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela contra NUEVA EPS S.A., toda vez que la solicitud de TERAPIAS COMPORTAMENTALES 120 SESIONES son procedimientos que no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud y deben formularse mediante al aplicativo MIPRES, para su autorización ante la EPS. AUNADO AL HECHO DE QUE NO SE EVIDENCIAN SOLICITUDES MEDICAS VIGENTES PARA ESTOS SERVICIOS. ...”

LA ENTIDAD NEUROESTIMULAR I.P.S y REHABILITACIÓN IPS LTDA a pesar de ser debidamente notificadas como reposa en el libelo probatorio, no contestaron al llamado de esta agencia judicial.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿En la actualidad se encuentra vulnerado el derecho a la salud del paciente ALEJANDRO TIRADO FONTALVO por la no autorización de terapias interdisciplinarias, teniendo en cuenta el diagnóstico médico, autismo, que padece el paciente?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 13, 44, 46, 86, de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, Convención sobre

los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 100 de 1993; sentencias T-233 de 2012, C-313 de 2014, C-507 de 2004, T-717 de 2011, T-445 de 2017, T-062 de 2017, T-408 de 2011, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, y T-421 de 2007, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS

que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, la Corte ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica “la mera subsistencia biológica”, sino también “el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna.”¹

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna “se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.²

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.³

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que *“tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.”*⁴

TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD.

En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, *“(…) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”*. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte Constitucional que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de

³ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS.

El artículo 44 de la Constitución Política estableció la preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de las prerrogativas constitucionales de los demás, ello en atención a sus condiciones de indefensión y vulnerabilidad, las cuales suponen la necesidad de cuidado especial. En ese orden, estos derechos exigen de especial protección dadas las disposiciones previstas tanto en el ámbito internacional como en un Estado Social de Derecho.

Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su numeral 1 del artículo 3 estableció que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y en el artículo 3-2, determinó que *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 19, estableció que los niños cuentan con una protección específica. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispuso, en su artículo 24-1, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere y estas deben ser brindadas, tanto por su familia, como por la sociedad y el Estado.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha resaltado la importancia de los derechos fundamentales de los niños. Así, en sentencia C-507 de 2004 señaló que los derechos fundamentales de los niños se tratan de derechos de protección:

“Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garan-ti-zan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integri-dad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter norma-tivo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como traba-jar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “dere-cho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapa-citados o adultos mayo-res. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plan-tea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cobija a todas las personas (...)”

En este sentido, en sentencia T-717 de 2011 la Corte recordó que *“...los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de estos derechos”*.

En virtud de lo anterior, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad. Al respecto también se ha dicho en sentencia T-307 de 2006 y reiterada en la T089-18:

“Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral.”

Ahora bien, el mismo artículo 44, la Constitución Política estableció, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores como derechos fundamentales. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, dada su condición de sujeto de especial protección, y en relación con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de los Niños, el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores responde a que el interés del niño prevalece al momento de resolver cuestiones que le afecten. La Corte, desde sus inicios, estableció que:

“(...) el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo cual significa para lo que a este asunto interesa, que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la "cobertura" familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o

subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos (sic) tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta."

En ese mismo orden, se consideró que supeditar el derecho fundamental de una menor de edad, a un simple trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico desplazaba el principio de interés superior del niño.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora MAYERLIN FONTALVO VILLAMIL, en calidad de agente oficioso del menor ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, en contra de NUEVA E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud.

Lo anterior, en ocasión a que manifiesta que su hijo ALEJANDRO TIRADO FONTALVO menor de edad, diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista TEA, patología que hace que dependa totalmente de los cuidados de su progenitora y requiere atención médica y terapéutica interdisciplinaria, por lo que se acercó a la NUEVA EPS, para que le autorizaran solicitud de TERAPIAS COMPORTAMENTALES, la cual fue negada por catalogarla como terapias comportamentales.

Sin embargo, en razón a los ordenamientos de la referencia y a la negativa de NUEVA EPS en asignar un prestador competente que suministrara las terapias ordenadas, instauró petición ante el asegurador, donde solicitó de forma respetuosa se procediera a la autorización de los servicios y agendamiento de los mismos con prestador dentro de su red de atención, en consecuencia, NUEVA EPS dio respuesta negativa a la solicitud manifestando que los servicios ordenados corresponden a EXCLUSIONES del PBS, en consecuencia no podían proceder a su autorización y asignación de prestador debidamente habilitado para suministrar los servicios, negando la atención en salud ocasionando una clara barrera de acceso a los servicios de salud de los cuales su Hijo tiene derecho.

Al respecto, BIENESTAR IPS S.A.S, señaló en su informe con relación a los servicios de Terapias Comportamentales 120 Sesiones/Mes, que incluya Fonoaudiología, sesiones por semana (40 Sesiones Por Mes), terapia ocupacional 10 sesiones por semana (40 Sesiones Por Mes), psicología 10 sesiones por semana (40 Sesiones Por Mes) tratamiento mensuales por 6 meses, aclaró que los servicios de la referencia, no hacen parte de la contratación vigente entre NUEVA EPS y BIENESTAR IPS S.A.S,, motivo por el cual es la EPS quien debe suministrar lo solicitado por la accionante a través de su red de prestadores. Con fundamento en lo anterior y dado que resulta claro, que la institución no ha negado el acceso a los servicios de salud al accionante, solicitó la desvinculación de la entidad.

Por su parte indica NUEVA EPS, solicitó no acceder a las pretensiones de la parte de la accionante declarando la improcedencia de la acción de tutela contra NUEVA EPS S.A., toda vez que la solicitud de TERAPIAS COMPORTAMENTALES 120 SESIONES son procedimientos que no se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios en salud y deben formularse mediante al aplicativo MIPRES, para su autorización ante la EPS aunado al hecho de que no se evidencian solicitudes médicas vigentes para estos servicios.

De lo expuesto hasta ahora, deduce el despacho que el problema suscitado en torno a la negativa de la atención médica del niño, recae exclusivamente a temas administrativos, entre la entidad promotora de salud y la prestadora del servicio, del cual resulta como único perjudicado el paciente, quien no recibe de forma efectiva y oportuna la atención médica que requiere, razón por la cual debe concederse el amparo constitucional.

En este punto, es de resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, en este sentido, requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que el paciente, es un niño, en su calidad de infante y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta el Trastorno del Espectro Autista TEA, que padece.

Puntualizando en el tratamiento integral, la Corte Constitucional en sentencias T307 de 2007, T-016 de 2007 y en la T- 081- 2019, precisó las subreglas del tratamiento integral en materia de salud, de la siguiente manera:

“Tratamiento integral en salud. En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación , poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte ; y (ii)

que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente . La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.”

En el presente caso, se observó una negligencia por parte de la EPS, en la atención médica, del niño ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, al ser un paciente con diagnóstico de “Trastorno del Espectro Autista TEA”, discapacidad permanente al estar catalogado como una deficiencia cognitiva, al que no se le está brindando una atención médica oportuna, evidenciada en las negaciones a las autorizaciones en los servicios para garantizar su atención médica, lo que avizora que la paciente necesita la intervención del juez constitucional para que se le proporcione el tratamiento que requiera, teniendo en cuenta la condición que padece y con esto brindarle una calidad de vida, pese a las dificultades que de por sí ya tiene.

Para el caso que nos ocupa, la resolución 2292 del 2021, “Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, en su capítulo 1 artículo 74 reza:

“...Artículo 74. Atención a personas menores con discapacidad: Los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, incluyen la atención en salud, evaluaciones, atenciones interdisciplinarias y especializadas pertinentes, realizadas por profesionales de la salud; así como todas las tecnologías en salud y los servicios contenidos en el presente acto administrativo, para las personas con discapacidad física, sensorial o cognitiva, desde la etapa prenatal hasta menores de seis (6) años de edad.

Parágrafo: Corresponde al profesional tratante determinar el plan de tratamiento a seguir, de conformidad con la discapacidad y motivo de intervención...”

En el caso de marras, se protegerá el derecho fundamental a la salud, del infante ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, por ser un sujeto de especial protección y en atención a que padece Trastorno del Espectro Autista TEA, una condición de discapacidad del desarrollo que puede provocar problemas sociales, comunicacionales y conductuales significativos, las cuales pueden acrecentarse, cuando la entidad accionada no garantiza ni autoriza el tratamiento necesario para una mejor calidad de vida del niño.

Así las cosas, se propende por la protección del infante, y se garantiza su atención, máxime cuando la entidad simplemente informa que el concepto no está actualizado, por esto se ordenará una valoración actualizada y al mismo tiempo ordenará las sesiones prescritas y las demás previstas en el tratamiento a seguir, entendiendo que debe realizarse preferiblemente en una I.P.S. de la red de servicios de la NUEVA EPS, o en una IPS contratada para el efecto en la que se garantice el suministro del tratamiento prescrito por los galenos tratantes, garantizando el tratamiento integral al cual tiene derecho el niño.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

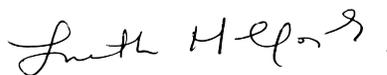
Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, procederá el juzgado a amparar los derechos depuestos por la parte accionante, en consideración a que, al no emitir las autorizaciones requerida, se coloca en riesgo la salud del niño, el cual requiere un tratamiento integral derivado de la condición médica que padece.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. AMPARAR los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, del niño ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, representado por su madre MAYERLIN FONTALVO VILLAMIL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. ORDENAR a la NUEVA EPS, para que en el término improrrogable de dos días proceda a emitir la autorización de una valoración actualizada por el psiquiatra infantil. Ordenar dentro del mismo término las TERAPIAS COMPORTAMENTALES 120 SESIONES/MES QUE INCLUYA FONOADUIOLOGÍA, SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TERAPIA OCUPACIONAL 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) PSICOLOGÍA 10 SESIONES POR SEMANA (40 SESIONES POR MES) TRATAMIENTO MENSUALES POR 6 MESES, RESONANCIA MAGNÉTICA CEREBRAL SIMPLE BAJO SEDACIÓN, VALORACIÓN POR GENÉTICA, prescritas al niño ALEJANDRO TIRADO FONTALVO, en la IPS adscrita a la entidad promotora de salud que los servicios necesarios, y las que a futuro necesite ordenadas por el médico tratante, en razón a su diagnóstico Trastorno del Espectro Autista TEA, con el fin de brindarle una atención médica oportuna, y asimismo, que se le dé un tratamiento integral, por esta patología.
3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
4. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA