



PROCESO IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001-41-89-015-2022-00153-01

ACCIONANTE: ONEIDYS MARÍA FONTALVO BALLESTEROS En representación de su menor hija ODETTE BROCHADO FONTALVO.

ACCIONADO: SALUD TOTAL E.P.S.

DERECHO: SALUD

Barranquilla, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha 07 de marzo de 2022, proferido por JUZGADO QUINCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora ONEIDYS MARÍA FONTALVO BALLESTEROS en representación de su menor hija ODETTE BROCHADO FONTALVO, contra SALUD TOTAL E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Política en el cual se concedió el amparo solicitado.

II. ANTECEDENTES

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

1. La niña ODETTE BROCHADO FONTALVO cuenta con dos (2) años de edad, es beneficiaria en el sistema de salud en la EPS SALUD TOTAL, a través de su padre Lacides Brochado Salas, identificado con C.C. No 1.043.871.127.
2. A la niña ODETTE BROCHADO FONTALVO, el día 18/12/2021, el especialista en Neurología Pediátrica - David Pacheco Camargo, manifestó en la historia clínica: "PACIENTE CON CARACTERÍSTICAS CLÍNICAS PARA TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA, CONSIDERO SOLICITAR ESTUDIOS DE EXTENSIÓN TERAPIAS INTEGRALES ENFOQUE CONDUCTUAL, CITA CONTROL EN TRES MESES." Además, en Diagnóstico consignó: F840 AUTISMO EN LA NIÑEZ, Tipo PRINCIPAL. Quiere lo anterior decir, que no cuenta con tratamiento definido.
3. A ODETTE BROCHADO FONTALVO, le fue ordenado un tratamiento de rehabilitación integral en la primera junta médica conformada por los profesionales de la salud: Luz Tete - Psicóloga, Mileidis Guerra - Fisioterapia, Jesús Balaguera - Psiquiatría Infantil, y Erwin Torres - Neurología Pediátrica, realizada el día 12 de enero de 2022. (Folio 2 escrito tutela)

4. El tratamiento indicado, señalado anteriormente, se lo presta la EPS SALUD TOTAL a través de Medicina Integral CISADDE ubicado en la Sede Norte en la ciudad de Barranquilla, por solicitud de los padres ya que anteriormente se prestaba en la sede Sur, como se puede observar, las terapias se deben realizar a la menor diariamente, por seis meses, se solicitó a la EPS SALUDTOTAL sea brindado auxilio de transporte, para el traslado diario de la menor hasta el centro CISADDE el cual fue negado. La menor ODETTE BROCHADO, tiene domicilio en calle 117 # 25 - 66 en el barrio la Pradera de la ciudad de Barranquilla, muy a pesar que reside en la misma ciudad donde recibe las terapias, se nos dificulta el traslado de la menor en transporte público, debido a que es una niña que permanece la mayor parte de tiempo irritada y llorando, tal como se ha mostrado en las citas de junta médica en las que ha quedado constancia de ello.

5. Expone que, en la sede de CISADDE, escuchó por parte de otros padres de familia que viven en Barranquilla y en barrios aledaños a la sede, que, la EPS SALUD TOTAL les brinda el servicio de transporte, recogen a los niños y a sus acompañantes en sus lugares de residencia hasta el centro CISADDE y una vez terminadas las terapias los regresan a sus hogares, en vehículos cómodos. Entonces no entiende por qué le niegan el servicio, y se lo prestan a otros.

6. El traslado de la menor en servicio público, como ya anoté, se les dificulta, primero por la irritabilidad de la menor y segundo por razones económicas, ya que el único que trabaja es el padre, quién devenga el salario mínimo, y con él debe asumir gastos de arriendo, alimentación, etc., y asumir el gasto de transporte diario es casi imposible. Como cosa rara, los estudios, exámenes y citas médicas que han ordenado los médicos tratantes a la menor ODETTE han sido demorados, tanto es así que en días pasados me tocó presentar un derecho de petición para que le pudieran realizar estudios que no le querían practicar. Como prueba de ello anexó la petición impetrado a SALUD TOTAL y la respuesta otorgada. Situación está que coloca en riesgo la salud de la menor, al no brindar SALUD TOTAL la atención oportuna a la niña. Máxime cuando se está determinando o estudiando el diagnóstico definitivo, y no es aceptable que tenga que estar presentando derecho de petición para que le hagan o le den las citas correspondientes.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que *“...Se ordene a SALUDTOTAL EPS., realizar a la menor ODETTE BROCHADO todos los estudios, exámenes y citas para determinar el diagnóstico definitivo de la menor, sin colocar barreras administrativas para la consecución de citas para la práctica de los estudios, exámenes y citas con especialistas. Así como el tratamiento integral que provenga luego del diagnóstico definitivo. Se ordene a SALUDTOTAL EPS., conceder el transporte diario a la menor ODETTE y su acompañante a las sesiones de terapias que debe cumplir en la sede CISSADDE Sede Norte, desde el lugar de residencia de la menor en el Barrio La Pradera de esta ciudad y su retorno desde la sede hacía su residencia, mismas que fueron ordenadas por la junta médica y las que llegaren a ordenar...”*

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el 21 de febrero de 2022 por el JUZGADO QUINCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, ordenó la notificación de la accionada, y la vinculación a las entidades DEFENSORÍA DEL PUEBLO, a la PROCURADURÍA JUDICIAL DE FAMILIA DE BARRANQUILLA y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) - REGIONAL ATLÁNTICO, a fin de que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - REGIONAL ATLÁNTICO, a través de su apoderado, peticionaron se declare la procedencia de la acción de tutela, dado el principio constitucional de prevalencia de los derechos de los niños, por sobre cualquier otro derecho y trámite, de allí que en consecuencia se inste, a que se acceda a las pretensiones de la presente salvaguarda supra legal.

SALUD TOTAL EPS, a través de su apoderado judicial indicó: *“sostiene que no ha vulnerado derechos fundamentales del accionante. Que la negativa a las pretensiones deprecadas no obedece a un capricho de la E.P.S. sino en atención a que lo solicitado claramente está excluido del PBS. Refiere que no existe en el expediente orden médica que prescriba o fundamente lo solicitado constituyéndose dicha pretensión como un capricho de los familiares. Alega la accionada que a la fecha la menor no cuenta con órdenes pendientes de autorización. Señala que respecto de la afiliación del paciente, se tiene que, el padre del menor cuenta con contrato laboral vigente con la empleadora SOLUCIONES SERVICIOS Y SUMINISTROS EMPRESARIALES, con aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con un IBC promedio de \$1.000.000 Así las cosas, alega que el progenitor de la menor ODETTE BROCHADO FONTALVO reporta ingresos, es decir, cuenta con CAPACIDAD ECONÓMICA, razón por la cual no se explica porque como cotizante al régimen contributivo no asumen la responsabilidad que le compete, máxime si se tiene en cuenta que lo solicitado corresponde a tecnologías no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, en donde pueden contribuir de manera solidaria con el sistema. Manifiesta haber realizado verificación completa y auditoria de la historia clínica en nuestra base de datos encontrando que el menor ODETTE BROCHADO FONTALVO., ha recibido la atención integral por parte de los médicos tratantes de manera ADECUADA, OPORTUNA y PERTINENTE, en donde se le han brindado todas las atenciones que ha requerido generando todas las autorizaciones que ha ameritado, disponiendo toda una RED de IPS para la prestación del servicio que no impone barreras ni dificultades de acceso, tal como consta en la relación de servicios autorizados que anexan. Ahora bien, en lo que respecta a la pretensión puntual de la accionante, considera que la solicitud de transporte es IMPROCEDENTE en razón a que dicha responsabilidad lo debe asumir la familia de la menor afiliada toda vez que no está contemplada dentro del Plan de Beneficios en Salud y no cuenta con orden médica diligenciada ante la Plataforma MIPRES. Por lo que cabe aclarar que la normatividad legal vigente en la Resolución 2292 de 2021., dado que estos no se consideran servicios de salud, razón por la cual las EPS-S no se encuentran obligados a suministrarlos. Arguye que si la afiliada es beneficiaria de su padre cotizante de este régimen, lo es porque este CUENTA CON CAPACIDAD DE PAGO al tener un vínculo laboral que le permite acceder a*

la salud a él, sin requerir el apoyo del Estado. Razón por la cual no se admite que no pueda asumir lo que les corresponde; ya que se evidencia tanto la estabilidad laboral como los ingresos suficientes para asumir las responsabilidades que por ley les corresponde a los padres del menor afiliado. De otra parte, en lo que atañe al tratamiento integral señala que “NO ES PEDIR POR PEDIR” ya que todas las pretensiones deben tener una fundamentación previa a incoar el sistema judicial; y en este caso es evidente que SAUD TOTAL EPS no ha negado la prestación de los servicios que requiere la activa; garantizando el acceso adecuado y la prestación debida. Como si fuera poco, es importante recordar que esta solicitud se encuentra supeditada a HECHOS FUTUROS E INCIERTOS en el área de la salud, por lo que cada uno de los requerimientos DEL PROTEGIDO será analizado por la EPS SALUD TOTAL en su momento y de acuerdo con las condiciones específicas del protegido durante la evolución de su patología, por tal motivo se sugiere denegar por improcedente el tratamiento integral solicitado mediante la presente acción de tutela, como quiera que el mismo es un hecho futuro e indeterminado en materia de salud, el cual no cubre la órbita de inmediatez y subsidiariedad prevista para la acción de tutela, por tal no se considera pertinente acceder a esta solicitud. ...”

PROCURADURÍA DE FAMILIA, a través de su apoderado judicial la Dra. ZORAIDA ESTHER VALENCIA LLANOS manifestó que, frente al caso concreto señala que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), conforme lo establece la Resolución 2481 de 24 de diciembre de 2020, está determinada por los principios de integralidad, territorialidad, complementariedad, transparencia, competencia, corresponsabilidad, calidad y universalidad que hace parte integral de la citada resolución; al igual que otros que también se consideren con cargo a la UPC, atendiendo a lo dispuesto en dicha resolución, deben ser garantizados de manera efectiva y oportuna por las Entidades Promotoras de Salud – E.P.S. o las entidades que hagan sus veces. En principio, conforme a las disposiciones de la referida resolución, el transporte ambulatorio será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica. No obstante lo anterior, cuando el servicio se encuentre excluido del PBS, inicialmente la EPS no tendría la obligación de cubrirlo y debería ser asumido por el paciente; sin embargo, a pesar que se ha aceptado las exclusiones, en abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha señalado que existen casos en los cuales, la no prestación de un tratamiento procedimiento o medicamento por fuera del PBS puede afectar gravemente el derecho fundamental a la salud de una persona debido a que no cuente con los recursos necesarios para asumirlos u otras circunstancias que imposibiliten cubrirlos por cuenta propia, teniendo que la exclusión no es totalmente absoluta, tal como lo enseña la sentencia SU508-20 del 7 de diciembre de 2020.

Posterior a ello, el 07 de marzo de 2022, se profirió fallo de tutela, tuteló el amparo de los derechos depuestos, por lo que fue impugnada por la parte accionada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el 07 de marzo de 2022, por el JUZGADO QUINCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, decidió

conceder el amparo de los derechos depuestos por la parte accionante, en ocasión a que: *“...Así las cosas, este Juzgado concederá el amparo solicitado, pues de no hacerlo así, innecesariamente se pondría en eventual riesgo la salud de una niña pequeña de escasos 2 años de edad, ordenándosele en consecuencia a SALUD TOTAL EPS, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice el servicio de transporte que aquella infante requiere para trasladarse a la IPS donde recibirá las terapias físicas integrales, como tratamiento médico dispuesto por el experto tratante. ...”*

VI. IMPUGNACION

La parte accionada manifestó su inconformidad en los siguientes términos: *“...SALUD TOTAL EPS-S S.A., se OPONE a las pretensiones de la acción de tutela que nos ocupa, no por capricho de la EPS-S, sino porque claramente lo solicitado no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, razón por la cual no corresponde solventar a mi representada, precisamente por el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD QUE LE ASISTE A LOS REPRESENTANTES (PADRES) de la menor, principio que no es más que los afiliados asuman con su peculio los servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud. Adicionalmente, no se evidencia dentro del presente trámite tutelar ORDEN MÉDICA que prescriba y/o fundamente lo solicitado, correspondiendo la petición a un capricho familiar que no goza de sustento fáctico y científico para proceder con su autorización. Y como EPS-S solo podemos autorizar lo que prescriba el médico tratante adscrito a la RED prestadora mediante la plataforma MIPRES, en este caso, al corresponder a un servicio que no es médico y no está cubierto por el Plan de Beneficios en Salud. ...”*

VII. PROBLEMA JURIDICO

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

¿Las accionadas SALUD TOTAL EPS, han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, de la niña ODETTE BROCHADO FONTALVO, quien se encuentra representada por su madre, ONEIDYS MARÍA FONTALVO BALLESTEROS, al no autorizar y suministrar a la niña y a un acompañante el transporte intraurbano para asistir a las terapias de rehabilitación, citas, valoraciones, consultas, procedimientos médicos y demás prescripciones médicas, no solo en el presente, sino también en el futuro, hasta que su patología lo genere, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud y vida del paciente?

VIII. 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.

IX. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 44, 46, 48, 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, T-421 de 2007, T 409 2019, T- 512 - 2020 T- 122 - 2021 entre otras.

X. 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.

SU 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, dicha corporación 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

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

*calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.*²

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.

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.

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.

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 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 MENORES DE EDAD.

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, garantizan 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 integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección”, puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre 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 de la niña.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora ONEIDYS MARÍA FONTALVO BALLESTEROS en representación de su menor hija ODETTE BROCHADO FONTALVO, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, en contra de SALUD TOTAL EPS, 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 hija de 2 años de edad, tiene una impresión diagnóstica del espectro autista, trastornos generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo conductual, por lo que viene siendo tratado en el CISSADE - MEDICINA INTEGRAL IPS S.A; y que SALUD TOTAL EPS, se niega autorizar transporte intraurbano a la niña ODETTE BROCHADO FONTALVO y a su acompañante.

Por su parte indica SALUD TOTAL EPS que la negativa del suministro de transporte obedecen a que no se hacen, porque claramente lo solicitado no hace parte del Plan de Beneficios en Salud al punto que los mismos no son servicios de salud; Y que dicha solicitud debe realizarse a través de la plataforma MIPRES o mediante formato de contingencia de prescripciones "MIPRES No PBS - FORMULARIO PARA CONTINGENCIA REPORTE DE PRESCRIPCIÓN DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO CUBIERTAS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD CON CARGO A LA UPC", en los términos que exige la Resolución y no mediante solicitud individual de prestaciones como es el caso que la accionante presenta.

De lo expuesto hasta ahora, deduce el despacho que el problema suscitado en torno a la atención medica de la menor, recae exclusivamente en la entidad promotora de salud al negar el servicio de transporte al menor en su condición y un acompañante por cuanto se evidencia por el diagnóstico del menor, trastornos del espectro autista, trastornos generalizados del lenguaje y trastorno del lenguaje expresivo conductual.

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 y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta el trastorno generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo que padece.

En oportuno señalar que según los criterios de la jurisprudencia constitucional es procedente el cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), en los casos donde se demuestre que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario6”.

Además, si se comprueba que el paciente es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento” y que requiere de “atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”, esta obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante”.

5. El cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional, al igual que por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental.

La historia clínica y la solicitud de tutela se advierte que el accionante reside en la Calle 117 No. 25 -56 barrio La Pradera de Barranquilla, y la sede de la IPS empresa CISSADE – MEDICINA INTEGRAL IPS S.A ubicada en la Carrera 49 C No. 88 -24, barrio San Vicente en la cual se le realizan las terapias de fonoaudiología, terapia física, terapia psicológica y terapia ocupacional, las cuales tienen como objetivo mejorar su calidad de vida.

Existe una regla jurisprudencia que dictamina, le corresponde a la parte accionada desvirtuar la información suministrada por el actor respecto de la capacidad económica. Es decir, al no haberse obtenido una información contraria a la indicada en la acción de tutela, es decir, una prueba que controvirtiera la manifestación del accionante acerca de la afectación de su derecho al mínimo vital como consecuencia de la negativa de los costos del transporte, máxime cuando quedó acreditado que el progenitor de la niña devenga el salario mínimo, como única ingreso familiar para solventar los gastos ordinarios y adicionalmente los transporte diarios de la niña para acceder al tratamiento

médico, emerge la certeza probatoria consistente, que en el caso concreto, en que el accionante, ni su familia nuclear no cuentan con los recursos para asumir los gastos de transporte-

De no efectuarse el suministro del transporte, se puede suspender la asistencia a las terapias prescritas por el médico tratante, se ponen en riesgo la dignidad, y la integridad física de la paciente, toda vez que la efectividad del tratamiento para mejorar e identificar el espectro en el que se encuentra, es la constancia y continuidad del tratamiento, en los términos de la prescripción médica.

Ahora bien, corresponde dictaminar a quien debe imponerle la responsabilidad del suministro del servicio de transporte, pues es evidente que, a la luz de los principios de accesibilidad al sistema y solidaridad del mismo, aunque los transportes no estén incluidos dentro del denominado PBS, son necesarios para llevar a cabo la terapia del paciente.

De hecho, debe tenerse presente que ha sido por la vía jurisprudencial que se han decantado las múltiples contingencias que se presentan entorno de este servicio y se ha determinado que el mismo deba estar a cargo de dichas entidades cuando se convierta en una barrera de acceso a la prestación efectiva del servicio de salud.

Tratándose de una condición neurológica que compromete su desarrollo neurológico y sicosocial es evidente que el accionante requiere una atención periódica, oportuna, continua y especializada para su tratamiento, dada la exposición a múltiples riesgos y complicaciones. En este sentido, se hace imperioso el amparo constitucional para la salvaguarda de la garantía constitucional de la niña sujeto de doble protección jurídica, derivado por su edad y por su patología.

Es preciso 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 infante y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta las patologías trastorno generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo que padece.

Se confirmará la decisión impugnada, en tal sentido de ordenar a la entidad SALUD TOTAL EPS S. A. que, en el término perentorio de cuarenta y ocho horas, suministre el servicio de transporte al paciente y a un acompañante a fin que asista a las terapias prescritas por el médico tratante y a los controles médicos periódicos.

A fin de evitar la presentación de varias tutelas por la accionante contra la entidad accionada sobre el mismo marco fáctico, pero con pequeñas variantes, como en el caso de nuevos medicamentos, o tratamientos etc., en procura de que la acción constitucional

ampare integralmente los derechos invocados por la accionante y su extensión sea acorde con los principios antropocéntricos que la rigen, teniendo en cuenta que la tutela no está limitada a la pretensión, no existiendo incongruencia o extralimitación del Juez constitucional, cuando las decisiones sobrepasen las peticiones, puesto que se deben decretar todas y cada una de las ordenes que protejan íntegramente los derechos de los pacientes, máxime cuando se trata de un niña con afectación neurológica por presentar **CARACTERÍSTICAS CLÍNICAS PARA TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA.**

Y ante la solicitud radicada por la actora la EPS SALUD TOTAL S. A. se evidencia que negó el pedimento del suministro de transporte por estar excluido del Plan Básico de Presta y reiteró que se debe radicar a través de la plataforma MIPRES o mediante formato de contingencia de prescripciones “MIPRES No PBS - FORMULARIO PARA CONTINGENCIA REPORTE DE PRESCRIPCIÓN DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD NO CUBIERTAS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD CON CARGO A LA UPC” sin prestar una adecuada orientación o asesoría a la madre del paciente en la respuesta emitida el 03 de febrero de 2022, barreras administrativas que dilatan el acceso al tratamiento médico requerido por la paciente.

En suma, en el caso de marras, se requirió la intervención constitucional para proteger los derechos fundamentales de la niña, que se encuentran vulnerado por la negativa de suministro del transporte intraurbano a fin de garantizar el acceso efectivo al tratamiento médico prescrito

Así las cosas, este despacho judicial confirmará la decisión adoptada por el juzgador en primera instancia amparando los derechos de la niña y adicionará la orden de protección integral.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, procederá el juzgado ha amparar los derechos depuestos por la parte accionante, en consideración a que, de no asistir la menor a las terapias, citas médicas o exámenes de diagnóstico que sean prescritos por el médico tratante para enfrentar su diagnóstico actual, se ponen en riesgo la salud de la menor, el cual requiere un tratamiento oportuno e integral derivado de la condición médica que padece, la cual afecta su dimensión física y neurológica.

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. CONFIRMAR los numerales primero, tercero, cuarto y quinto de la sentencia de fecha 07 de marzo de 2022, proferida por el JUZGADO QUINCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción

de tutela instaurada por la señora ONEIDYS MARÍA FONTALVO BALLESTEROS
En representación de su menor hija ODETTE BROCHADO FONTALVO, en contra
de SALUD TOTAL EPS S. A., en consideración a lo expuesto en la parte motiva de
este proveído.

2. Adicionar al numeral segundo ORDENAR al representante legal de SALUD TOTAL EPS S. A., en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación del fallo y en adelante, garantice el tratamiento integral en favor de la niña ODETTE BROCHADO FONTALVO con ocasión de las CARACTERÍSTICAS CLÍNICAS PARA TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA. Lo anterior, en procura de que sean prestados los servicios que disponga el médico tratante para la accionante en consideración al mencionado diagnóstico con el fin de lograr la recuperación o estabilización integral de la salud de la niña.
3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
4. Envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA