PROCESO IMPUGNACION TUTELA
RADICACION: 085734089001-2022-00466-01
ACCIONANTE: JAVIER DE LAS AGUAS agente oficioso de JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES
ACCIONADO: MUTUALSER- EPS
DERECHO: SALUD

Barranquilla, dieciocho (18) de agosto 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 15 de julio de 2022, proferido JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA ATLÁNTICO, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor JAVIER DE LAS AGUAS agente oficioso de JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES, contra MUTUALSER- EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Nacional; y en el cual se concedió el amparo deprecado.

II. ANTECEDENTES

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

1. La niña JEXIBEL ESTHER DE LAS GUAS MORALES se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Empresa Promotora de salud MUTUALSER EPS.

2. Ha sido diagnosticada con EPILPESIA REFRACTARIA, estos diagnósticos son de gravedad para su vida lo cual causa que el único suplemento alimenticio sea el DENSIDAD CALÓRICA 1 A 2 KCAL/ KETOCAL 4:1 POLVO 300G LATA CANT 36.

3. La paciente tiene problemas para obtener su tratamiento DENSIDA CALORICA 1 A 2 KCAL/ KETOCAL 4:1 POLVO 300G LATA CANT 36, MUTUALSER EPS, interpone varias barreras administrativas además de esto tengo varios procesos de queja con Superintendencia Nacional de Salud, pero no hacen entrega de suplemento DENSIDAD CALÓRICA 1 A 2 KCAL/ KETOCAL 4:1 POLVO 300 LATA CANT 36. De igual forma señor juez, manifiesto ante usted que la calidad de vida de mi hija es cada vez menor por el incumplimiento de MUTUALSER EPS, al no entregar DENSIDAD CALÓRICA 1 A 2 KCAL/ KETOCAL 4:1 POLVO 300G LAT CANT 36

4. Los deberes de MUTUALSER EPS, no se agotan con la simple expedición de ordenes médicas es indispensable que las mismas puedan hacerse efectivas, es verdaderamente reprochable que mi hijo tenga más de 30 días de barrera con su tratamiento DENSIDAD CALÓRICA 1 A 2 KCAL/ KETOCAL 4:1 POLVO 300G LATA CANT 36 y se encuentra con recaída.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

5. El actuar de MUTUALSER EPS, además de contrariar el ordenamiento jurídico colombiano en materia de salud. Transgrede abiertamente los derechos fundamentales a la salud, vida digna y acceso a un tratamiento médico integral, continuo y oportuno de la cual soy acreedora, en consecuencia, del incumplimiento repetitivo de la MUTUAL SER EPS, su salud se ve afectada.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que "*…- Ordenar a MUTUAL SER EPS., que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia de tutela que decrete el Honorable Despacho, proceda a garantizar el tratamiento MÉDICO INTEGRAL Y OPORTUNO de la a la entrega completa de FÓRMULA ENFERMEDADES DEL SISTEMA NERVIOSO KETOCAL 2.5.1 LIQUIDO 200 ML TETRAPRISMA CANTIDAD FARMACÉUTICA 90 TETRAPRISMA Y REPROGRAMACIÓN DE NUEVO ESTIMULADOR ELECTRICO NO CARDIACO - Ordenar a MUTUAL SER EPS , garantizar la continuidad en el tratamiento médico de la enfermedad denominada DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA MODERADA, tratamiento que deberá ser MÉDICO INTEGRAL acompañado de los SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES que se requieran, garantizando la autorización, entrega de medicamentos, dispositivos médicos, insumos, asignación de citas médicas para control y exámenes diagnósticos a que haya lugar …*"

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el 24 de junio de 2022 por el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA ATLÁNTICO, ordenándose la notificación de la accionada, negando la medida provisional solicitada, posteriormente a través de auto vinculó (12 de julio de 2022) y notificó a LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO y LA PERSONERÍA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, para que rindieran un informe sobre los hechos depuestos, por cuanto la decisión adoptada dentro del presente tramite podía afectarlos.

LA PERSONERÍA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, a través de su apoderado judicial JUAN DAVID ORTEGA JIMENEZ, indicó que: "*… Revisado el archivo del Despacho no se encontró queja en relación a la no atención por parte de la EPS MUTUAL SER, en relación a la vulneración delos derechos fundamentales a la Seguridad Social, la Salud, la Vida en condiciones dignas y a la Oportunidad; de la Joven ROXIBEL DE LAS AGUAS representada por el agente oficioso JAVIER DE LAS AGUAS. Por lo que los hechos narrados por el accionante consideramos que hay una vulneración clara y precisa al derecho a la vida, a la salud a una vida digna. …*"

LA SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO, a través de LINDA GISELLE MENDOZA TORRES, en su calidad de Apoderada especial del Distrito de Barranquilla, informó que: "*…teniendo en cuenta esta reglamentación el Ente Territorial expide la Circular 014-600 de 2019 del 1 de diciembre de 2019 donde le informa a las Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB), que a partir del 1 de enero de 2020 los responsables del suministro de tecnologías, servicios y medicamentos no financiados con recursos de la UPC del régimen subsidiado estarán a cargo de las Administradoras de los Planes de Beneficios (EAPB), es decir que a partir de esta fecha MUTUAL SER EPS es la responsable de la entrega de medicamentos y/o cualquier otra prescripción POS y NO PBS requerida por la niña JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES. Por las razones antes expuestas en este escrito nos encontramos ante un caso de falta de legitimación por pasiva frente a los hechos planteados en el escrito de la presente solicitud de amparo…*"

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

EPS MUTUALSER, a pesar de ser debidamente notificada por el *a quo*, no descorrió el traslado conferido guardando silencio frente a los hechos que dieron lugar a la presente acción, que, si bien es cierto que, conforme al artículo 20 del decreto 2591 de 1991 se tendrán por ciertos los hechos y se entra a resolver de plano, el juzgado considera que es necesario realizar otras averiguaciones conforme a las pruebas aportadas por el accionante, y pronunciarse de fondo sobre la acción objeto de la presente sentencia.

Posterior a ello, el 15 de julio de 2022, se profirió fallo de tutela, concediendo el amparo de los derechos depuestos en cuanto al tratamiento integral que requiere la menor JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el 15 de julio de 2022, por el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA ATLÁNTICO, concediendo el amparo de los derechos depuestos en cuanto al tratamiento integral que requiere la menor JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES, en ocasión a que: *"…En conclusión en el caso de marras se observa que existe prescripción médica por el médico tratante respecto del medicamento FÓRMULA ENFERMEDADES DEL SISTEMA NERVIOSO KETOCAL 2.5.1 LIQUIDO 200 ML TETRAPRISMA CANTIDAD FARMACEUTICA90 TETRAPRISMA. Por lo tanto, al vislumbrar los cuadros clínicos de la menor de edad inmersa en la presente acción Constitucional, este Despacho precisa la urgencia por la cual se debe hacer entrega de los medicamentos prescritos por el médico tratante, pues son aquellos que servirán para tratar el cuadro de epilepsia diagnosticado por los galenos…"*

VI. IMPUGNACION

La parte accionada manifestó su inconformidad en los siguientes términos: *"…Señor Juez, en cuanto a la entrega del medicamento KETOCAL LIQUIDO 200 ML nos permitimos informar que la usuaria no cuenta con ordenamiento médico vigente que lo prescriba y, el MIPRES No. 20220428180033155666 que se anexa como soporte por el accionante se encuentra vencido como quiera que corresponde a la fecha 28/04/2022. En ese sentido, se procede a agendar consulta con especialista en Neurocirugía para el día 19 de julio de 2022 a las 2:20 p.m., con el doctor Juan Benedetti a través de nuestro prestador Clínica Porto Azul con el fin de que el médico tratante actualice la fórmula del medicamento KETOCAL LIQUIDO 200 ML o en su defecto prescriba los medicamentos que como especialista considere pertinentes para el manejo de la patología de la afiliada y para realización de neuro estimulador eléctrico no cardiaco. …"*

VII. PROBLEMA JURIDICO

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

¿Las accionada MUTUALSER EPS, han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, de la niña JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES, al no autorizar y entregar los medicamentos oportunamente prescritos por el médico tratante hasta que su patología lo genere, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud y vida del paciente?

VIII. COMPETENCIA

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 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 - 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*

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

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 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.

[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.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

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 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

[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.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

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*".

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

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 niños 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 el señor JAVIER DE LAS AGUAS en representación de su hija JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES, impetró la acción constitucional de la referencia, en contra de MUTUALSER 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 menor de edad, tiene un diagnóstico de EPILEPSIA REFRACTARIA, por lo que viene siendo tratada, sin embargo, MUTUALSER EPS, se niega entregar su tratamiento DENSIDAD CALÓRICA 1 A 2 KCAL/ KETOCAL 4:1 POLVO 300G LATA CANT 36, interponiendo varias barreras administrativas además de esto tiene varios procesos de queja con superintendencia, pero no hacen entrega del suplemento, así niegan su tratamiento integral, no han asignado la cita para la programación de neuroestimulador eléctrico no cardíaco.

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet CERTIFIED MANAGEMENT SYSTEM
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

EPS MUTUALSER, a pesar de ser debidamente notificada por el a quo, no descorrió el traslado conferido guardando silencio frente a los hechos que dieron lugar a la presente acción, que, si bien es cierto que, conforme al artículo 20 del decreto 2591 de 1991 se tuvieron por ciertos y junto a las pruebas aportadas por el accionante, y pronunciarse de fondo sobre la acción objeto de la presente sentencia.

No obstante, en materia de salud, la Corte ha entendido que se quebranta este derecho fundamental cuando la entidad encargada de garantizar su prestación se niega a brindarle al paciente todo medicamento, procedimiento, tratamiento, insumo y en general cualquier servicio de salud que requiera con necesidad para el manejo de una determinada patología, según lo ordenado por el médico tratante.

De lo expuesto hasta ahora, deduce el despacho que el problema suscitado en torno a la atención medica de la niña, recae exclusivamente en la entidad promotora de salud al negar el tratamiento integral al menor en su condición por cuanto se evidencia que cuenta con un diagnóstico de epilepsia refractaria.

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 la paciente, es una niña, en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta la epilepsia refractaria que padece.

Tratándose de una condición neurológica que compromete su desarrollo sicomotor, la talla y el pero por padecer desnutrición proteicocalórica moderada 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, ante la negativa en el suministro del medicamento, la remisión a un nuevo médico para que previa valoración expida orden actualizada, pese a obrar en los anexos prescripción de los medicamentos constituye los presupuestos jurisprudenciales, para asumir que la EPS emplea la barreras administrativa como obstáculo entre la paciente y la prestación del servicio médico de forma continua e integral. Es necesario que esta actué de conformidad con los principios desarrollados a lo largo de este fallo.

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 una niña que se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta la epilepsia fármaco resistente que padece.

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

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

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 paciente con una patología irreversible, se adelanta un tratamiento definido.

Así las cosas, este despacho confirmará la decisión de primera instancia, dando cuenta de la ratificación de la orden emitida con anterioridad, a una paciente con diagnóstico, en este caso de naturaleza irreversible, por lo cual, no resulta admisible que teniendo conocimiento previo la entidad prestadora del servicio, por las diferentes patologías que presenta el menor, y así acceder a las terapias necesarias para su tratamiento, deba la actora acudir a la jurisdicción constitucional para que el prestador de salud, cumpliéndose así, los presupuestos constitucionales para el suministro del tratamiento integral por su condición neurológica en aras de la protección de un menor.

En suma, este despacho judicial confirmará la decisión adoptada en primera instancia la cual ampara los derechos del menor.

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 citas médicas o exámenes de diagnóstico que sean prescritos por el médico tratante para enfrentar su condición 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,

R E S U E L V E

1. Confirmar los numerales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del fallo de tutela de fecha 15 de julio de 2022, proferido por el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA ATLÁNTICO, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor JAVIER DE LAS AGUAS en representación de su menor hija JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES, contra MUTUALSER EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2. Modificar el numeral segundo del fallo de tutela de fecha 15 de julio de 2022, proferido por el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA ATLÁNTICO, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor JAVIER DE LAS AGUAS en representación de su menor hija JEXIBEL ESTHER DE LAS AGUAS MORALES, contra MUTUALSER EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído, el cual quedará así. ORDENAR A LA EPS MUTUAL SER para que dentro del término no mayor a doce (12) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia procesa con la entrega de los medicamentos prescritos por el médico tratante de la niña JEXIBEL DE LAS AGUAS, tal como aparece en las ordenes medicas aportadas en el libelo de la tutela, siendo este KETOCAL 2.5.1 LIQUIDO 200 ML TETRAPRISMA CANTIDAD FARMACEUTICA90 TETRAPRISMA, asigne la programación de

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4

neuroestimulador eléctrico no cardíaco, y los medicamentos, controles médicos que a futuro necesite ordenadas por el médico tratante, en razón a su diagnóstico médico epilepsia, con el fin de brindarle una atención médica oportuna e integral.

3. NOTIFÍQUESE está 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

Calle 40 No. 44-80. Edificio Centro Cívico, Piso 8.
Correo: ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co
Barranquilla – Atlántico.

ISO 9001 icontec No. SC5780 - 4
IQNet
NTCGP 1000 icontec No. GP 059 - 4